

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**LA DEBIDA DILIGENCIA COMO ELEMENTO DEL ESTÁNDAR DE
PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS
POR CAUSA DE PROYECTOS MINEROS: EL CASO BEAR CREEK ANTE
EL CIADI**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO**

AUTOR:

GUSTAVO DANIEL ESCATE PARIONA

ASESOR:

VICTOR AUGUSTO SACO CHUNG

Lima, febrero de 2020

RESUMEN

El estándar de Protección y Seguridad Plenas (PSP), cuyo contenido es de fuente consuetudinaria, se encuentra establecido en los distintos Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú; asimismo, en el caso Bear Creek se establece que la obligación de debida diligencia del Estado constituye un elemento de este estándar. En ese sentido, la presente tesis desarrolla cómo se debe interpretar esta obligación de debida diligencia para su aplicación en la gestión de conflictos sociales en los proyectos mineros. Para ello, se parte de una aproximación teórica del estándar PSP así como de su elemento de debida diligencia y su concepción en el Derecho Internacional de Inversiones y otras ramas del Derecho Internacional. Luego, revisamos el panorama general sobre la gestión de conflictos sociales en el Perú lo que nos permite analizar el conflicto social en el caso Bear Creek tomando en consideración la tipología de conflictos sociales definida. Finalmente, revisaremos la aplicación del estándar PSP para la prevención de conflictos donde resaltamos los aportes del caso Bear Creek en cuanto a la interpretación de la debida diligencia para prevenir y solucionar conflictos sociales en proyectos mineros. Se concluye que la obligación de debida diligencia debiera interpretarse como la obligación que tiene el Estado a fin de brindar protección y seguridades plenas al inversionista. Si cumple ello, se debe entender que el Estado cumple con el estándar de Nivel Mínimo de Trato y, por lo tanto, con sus compromisos internacionales. Por ello, conforme a la obligación de debida diligencia y tomando en consideración la interpretación del Tribunal Arbitral en el fallo sobre Bear Creek, el Estado peruano se encontraría obligado internacionalmente a implementar un efectivo marco regulatorio de prevención de conflictos que propicie el apoyo y equilibrio entre las políticas de protección de inversiones y el desarrollo de su población.

ABSTRACT

The Full Protection and Security Standard (FPS), whose content is of a consuetudinary source, is established in the various international investment agreements signed by Peru; Similarly, in the case Bear Creek establishes that the State's due diligence obligation is an element of this standard. In this sense, this thesis develops how this obligation of due diligence should be interpreted for its application in the social conflict management in mining projects. This is based on a theoretical approximation of the PSP standard as well as its element of due diligence and its conception in International Investment Law and other areas of International Law. Then, we reviewed the general overview on the social conflict management in Peru which allows us to analyze the social conflict in the Bear Creek case taking into consideration the typology of social conflicts defined. Finally, we will review the application of the PSP standard for conflict prevention where we highlight the contributions of the Bear Creek case regarding the interpretation of due diligence to prevent and resolve social conflicts in mining projects. In conclusion the due diligence obligation should be interpreted as the obligation of the State in order to provide full protection and security to the investor. If this is done, it must be understood that the State complies with the International Minimum Standard of Treatment and therefore with its international commitments. Therefore, in accordance with the obligation of due diligence and taking into consideration the interpretation of the Arbitral Tribunal in the Bear Creek case, the Peruvian State would be under an international obligation to implement an effective regulatory framework for conflict prevention that fosters support and a balance between investment protection policies and the development of population.

PALABRAS CLAVE

Debida diligencia, Protección y Seguridad Plenas, Derecho Internacional de Inversiones, Caso Bear Creek, TLC Perú- Canadá, Proyecto minero Santa Ana, conflictos sociales, inversión, prevención de conflictos sociales, responsabilidad del Estado, sostenibilidad, compromiso internacional, marco regulatorio, tipología de conflictos, institucionalidad, CIADI, diálogo, tribunales arbitrales, inversionista, consulta previa.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN TEÓRICA DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS Y SU ELEMENTO DE DEBIDA DILIGENCIA.....	9
1.1. Estándar de Protección y Seguridad Plenas y su relación con el Estándar Mínimo de Trato y el Estándar de Trato Justo y Equitativo.....	9
1.2. Definición y Elementos del Estándar de Protección y Seguridad Plenas.....	21
1.3. La Debida Diligencia en el Derecho Internacional General	27
1.3.1. La Debida Diligencia en el Derecho Internacional de Inversiones	32
1.3.2. La Debida Diligencia en la relación entre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional de Derechos Humanos	35
1.4. La Protección y Seguridad Plenas en las disposiciones en materia de inversión en los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú.....	41
CAPÍTULO II: PANORAMA GENERAL SOBRE LA GESTIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES EN EL PERÚ.....	51
2.1. Los Conflictos Sociales en Proyectos Mineros en el Perú.....	52
2.2. Tipología de los Conflictos Sociales.....	58
2.3. Conflicto Social en el Caso Bear Creek.....	69
CAPÍTULO III: APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS PARA LA PREVENCIÓN DE CONFLICTOS.....	75
3.1. La Debida Diligencia como Obligación del Estado para prevenir y solucionar conflictos en Proyectos Mineros	76
3.2. La interpretación de los Tribunales Arbitrales del CIADI sobre la Obligación de Debida Diligencia para el cumplimiento de los Tratados Internacionales de Inversión.....	80
3.3. Los Aportes del Caso Bear Creek.....	91
3.4. Interpretación coherente del Estándar PSP a la luz de las Obligaciones Estatales que ponderen Inversión y Derechos Humanos.....	95
4. CONCLUSIONES	103
5. BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN

El Perú es un país donde la extracción de recursos naturales (materia prima) constituye una de las principales actividades para el impulso de su economía. Estos recursos se ubican principalmente en las zonas con población andina o amazónica. Así pues, hoy por hoy, existe un contexto real donde se aprecia la paralización del flujo de inversiones debido a los conflictos sociales que tienen como actores principales a los pobladores de las comunidades, el Estado y el inversionista.

De otro lado, resulta pertinente señalar que, cuando los Estados suscriben Acuerdos Internacionales adquieren una serie de obligaciones y compromisos de carácter internacional, que implican también un efecto en sus políticas internas relacionadas básicamente con sus políticas fiscales, monetarias, tributarias, de modernización del Estado, entre otras. Sin embargo, ha sido menor el impacto de estos compromisos internacionales en el ámbito de las políticas laborales, culturales, ambientales o sociales, entre ellas la de prevención y solución de conflictos, erróneamente concebida como una herramienta poco relevante para la promoción y protección de inversiones.

En el terreno del Derecho Internacional de las Inversiones, la relación Inversionista- Estado receptor tiene un marco legal que ha ido evolucionando en los últimos años. El Perú ha suscrito Tratados Bilaterales de Inversión (BIT), Tratados de Libre Comercio (TLC) y Acuerdos Comerciales Regionales (ACR) a fin de garantizar la promoción y protección de las inversiones; no obstante, creemos que este marco legal debería hallar su complemento en las normas de carácter interno, lo que facilitaría el efectivo cumplimiento de sus objetivos.

Así pues, cabe mencionar que el inversionista tiene como objetivo básicamente el retorno de su inversión y su renta, mientras que el Estado garantiza una serie de derechos al inversionista en el marco de la promoción y protección de inversiones, al asumir la atracción de éstas como elemento para propiciar el desarrollo en su territorio. Como se aprecia, ambos objetivos en esta relación Inversionista- Estado receptor no tendrían por qué percibirse como contrapuestos entre sí, por el contrario, creemos que existen muchos puntos en

común a partir de los cuales debería construirse una dinámica relación de complementariedad.

De otra parte, dentro de los distintos tipos de conflicto social, son los socioambientales del sector minero en determinado territorio local, los que registran una larga data y sus efectos se han relacionado con daños de carácter ambiental, social, político o económico; llegando incluso al extremo de cobrar vidas humanas. Esto ha sido así, entre otros factores, debido a la débil e incipiente política de prevención y solución de conflictos sociales a cargo del Estado.

El Caso Bear Creek, que se analiza en la presente investigación, hace referencia a la concesión de una mina de plata ubicada en localidades cercanas a la frontera entre Perú y Bolivia. Para efectos del análisis del caso, es importante tener en cuenta que el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución Política vigente establece que los ciudadanos extranjeros, dentro de 50 km de frontera, solo pueden adquirir o poseer recursos naturales en caso de necesidad pública y mediante Decreto Supremo conforme a ley.

En el caso de análisis, el inversionista se adjudica la concesión minera mediante D.S. N° 083-2007-EM, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Constitución. Luego de esto, se dieron una serie de protestas sociales protagonizadas por las comunidades campesinas de la zona, generándose un conflicto social que alcanza su pico en el segundo trimestre del año 2011. Las comunidades andinas justificaban sus medidas de protesta con motivaciones de carácter económico, ambiental, social, cultural, entre otros. Finalmente, a fin de resguardar las condiciones ambientales y sociales, el Estado peruano emite el D.S. N° 032-2011-EM, mediante el cual prohíbe actividades mineras en las zonas ubicadas en el departamento de Puno, las mismas que se habían adjudicado a la empresa Bear Creek.

En su laudo, dictado con arreglo a la sección B del Capítulo de Inversiones establecido en el TLC entre Perú y Canadá, el Tribunal Arbitral verifica una expropiación indirecta por el Estado peruano contra Bear Creek, al emitirse el Decreto Supremo 032-2011-EM, mediante el cual se cancela la autorización a la minera respecto a la concesión del proyecto Santa Ana. Asimismo, se refiere al

estándar de Protección y Seguridad Plenas, el cual *“protege a los inversionistas y sus inversiones frente a amenazas físicas, como también medidas legales y administrativas injustificadas adoptadas por un gobierno [...]”*.

Es preciso mencionar que el estándar de Protección y Seguridad Plenas se encuentra recogido en las disposiciones en materia de inversión en los acuerdos comerciales preferenciales y/o de inversiones que implican obligaciones internacionales para el Perú, incluido el TLC suscrito con Canadá.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior, vamos entonces en la presente investigación a responder la siguiente pregunta ¿Cómo se debe interpretar la debida diligencia del estándar de Protección y Seguridad plenas para su aplicación en el caso de conflictos sociales causados por proyectos mineros?

A efectos de responder la pregunta de investigación, en el primer capítulo se analiza, en primer lugar, el estándar de Protección y Seguridad Plenas y su relación con otros estándares que forman parte del Derecho Internacional de Inversiones como el estándar de Nivel Mínimo de Trato y el estándar de Trato Justo y Equitativo, haciendo un análisis del panorama y ubicación en el que se encuentra el estándar PSP frente a estos otros estándares.

Asimismo, revisaremos los elementos que caracterizan al estándar PSP, lo que nos acercará a una delimitación conceptual con basamento en su propio desarrollo interpretativo; de igual forma, se hace relevante analizar a la obligación de debida diligencia como elemento de este estándar, partiendo de lo expresado por los Tribunales Arbitrales de Inversiones y concedores de la materia. De igual forma, analizaremos el desarrollo y evolución de la obligación de debida diligencia en el campo del Derecho Internacional de Inversiones como en otras ramas del derecho internacional.

En el segundo capítulo, analizaremos las estadísticas respecto a los conflictos sociales en proyectos mineros que se han suscitado en el Perú, a través de información sobre su estado situacional y su gestión en la estructura estatal. A propósito de mostrar un panorama real, vamos a hacer una revisión de la tipología de conflictos sociales que existen para proponer la forma en que se deba aplicar la obligación de la debida diligencia a cargo del Estado. Finalmente, vamos a analizar el conflicto ocurrido en el caso Bear Creek, relevando los

hechos e interpretando los párrafos del laudo que tengan relación con la obligación de debida diligencia.

En el tercer capítulo, vamos a analizar el aporte principal del fallo del CIADI en el caso Bear Creek que es la delimitación que hace de la debida diligencia como obligación del Estado y su relación con la prevención de conflictos sociales.

En ese sentido, el desarrollo de esta investigación se guía por los métodos lógico, sistemático, teleológico y sociológico para el análisis de la interacción entre los Acuerdos Internacionales de Inversión y los laudos del Tribunal Arbitral del CIADI a partir de la interpretación de un fallo en particular, pues se busca que el cumplimiento del deber de debida diligencia del Estado como elemento de PSP se tome en consideración en la gestión de conflictos sociales por causa de proyectos mineros. En el análisis de consistencia del Estándar de PSP, establecido en los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú, esta investigación emplea el método de la *ratio legis* o del sentido de la norma. Ello implica una interpretación más extensa que la literal, así como la verificación de las definiciones contenidas en elementos de dicho estándar.

De igual forma, el sentido de la norma debe interpretarse teniendo en cuenta otros estándares, normas o elementos que se encuentran establecidos en los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú (TLC, BIT, ACR). En ese sentido, se acudirá al método sistemático por comparación y ubicación de normas. La interpretación de esta obligación nos permitirá analizar un elemento del estándar de Protección y Seguridad Plenas; es decir, de una obligación internacional del Estado peruano para prevenir y solucionar conflictos sociales que se consagra en los Acuerdos Internacionales de Inversión y que encuentran su desarrollo interpretativo en los fallos de los Tribunales Internacionales relacionados con la protección adecuada de los derechos de los inversionistas.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN TEÓRICA DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DE SEGURIDAD PLENAS Y SU ELEMENTO DE DEBIDA DILIGENCIA

El estándar de Protección y Seguridad Plenas (PSP) tiene una estrecha vinculación con los otros estándares que forman parte del Derecho Internacional de Inversiones como el estándar de Nivel Mínimo de Trato (NMT) y el estándar de Trato Justo Equitativo (TJE). En ese sentido, partiendo de esta premisa se hace primordial efectuar un análisis relacionado con el panorama y ubicación en que se encuentra el estándar PSP en el campo del Derecho Internacional de las Inversiones.

Asimismo, se hace indispensable revisar los elementos que caracterizan al estándar de PSP, lo cual nos acercará a una delimitación conceptual que nos acerque a los objetivos de la investigación. Igualmente, resulta relevante analizar la obligación de debida diligencia como elemento del estándar de PSP, ello a partir de lo expresado por los Tribunales Arbitrales de Inversiones y expertos de la materia.

Seguidamente, es conveniente ensayar una aproximación al concepto de la obligación de Debida Diligencia desde campo del Derecho Internacional General y su interacción con otras ramas del derecho internacional, lo que nos mostrará los diversos matices en los que se aplica e implementa la obligación de debida diligencia, sea a cargo del Estado o del inversionista. Finalmente, vamos a revisar la forma en que se ha expresado el estándar de PSP en los Tratados Internacionales de Inversión que ha suscrito el Perú.

1.1. Estándar de Protección y Seguridad Plenas y su relación con el Estándar Mínimo de Trato y el Estándar de Trato Justo y Equitativo

En el marco del Derecho Internacional de Inversiones ubicamos al estándar de PSP, mediante el cual se obliga al Estado a adoptar todas las medidas razonables para proteger las inversiones extranjeras, lo que no implica que sea una obligación absoluta donde el Estado responda por cualquier daño, sino que se aplica a todos aquellos que razonablemente pueda evitar.

La doctrina se aproxima a una definición de dicho estándar como el que “(...) impone una obligación en el Estado de adoptar razonablemente todas las medidas para proteger la seguridad física, de los bienes y activos de amenazas o ataques dirigidos particularmente sobre extranjeros (...) no estándole permitido invocar su propia legislación para sustraerse de esta obligación (Endara Flores, Revista Jurídica de Derecho Público. Tomo 2, 2010, pág. 444).

En consecuencia, resulta evidente que estamos frente a una obligación general de debida diligencia sobre propiedad extranjera – lo cual incluye inversión e inversionista –, por lo tanto, según el caso concreto, el inversionista tendrá que acreditar si los daños sufridos son atribuibles al Estado, atribuyéndole a este la responsabilidad de un hecho internacionalmente ilícito. Así pues, el estándar de PSP implica el ejercicio de una debida diligencia para la protección de la inversión extranjera, lo cual se deriva de tratados internacionales y de su desarrollo a partir de los pronunciamientos de tribunales arbitrales.

Atendiendo a estas consideraciones, el objetivo de este estándar es la protección y seguridad física y jurídica de la inversión extranjera; en tal sentido, el nivel de responsabilidad que pueda tener un Estado sobre el particular variará en función al análisis del referido estándar según el caso concreto.

Por lo tanto, como una aproximación, si bien el Estado no responde por todos los daños que puedan sufrir los inversionistas (en tanto estamos frente a una obligación de hacer o no hacer, más no de resultado), el estándar de PSP puede ser vulnerado, cuando una vez conocido el hecho que produjera un daño por parte de terceros (ciudadanos por ejemplo), el Estado receptor no toma las medidas adecuadas para prevenir o remediar dicha situación. (Endara Flores, Revista Jurídica de Derecho Público. Tomo 2, 2010, pág. 446).

Asimismo, el aporte principal del estándar de Protección y Seguridad Plenas en relación con su elemento de debida diligencia hace que se deba encontrar su ubicación y relación con los demás estándares que se encuentran consagrados en el Derecho Internacional de Inversiones: Estándar de Nivel Mínimo de Trato (NMT) y el Estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE). A continuación, vamos a desarrollar la relación del estándar de PSP con los

estándares antes señalados: el trato justo y equitativo (TJE) y el Nivel Mínimo de Trato (NMT).

En ese sentido, es preciso mencionar que esta relación entre estándares se da porque en los Acuerdos Bilaterales de Inversión se encuentran desarrollados los estándares de TJE y PSP automáticamente dentro de la cláusula de Nivel Mínimo de Trato, tal como se plasma en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú¹.

Así pues, en relación al estándar de NMT tenemos que es de carácter flexible, además de que tiene un amplio desarrollo en la costumbre y la jurisprudencia. Al respecto, se entiende que su contenido depende del derecho común internacional² y del lenguaje incorporado en los instrumentos internacionales; aunado a esto, su alcance se determina según el caso concreto (Márquez Escobar & Villegas Carrasquilla, 2009, pág. 170).

De esta forma, el estándar de NMT se refiere a la intervención del Estado en las expectativas razonables del inversor extranjero, por lo cual, al tener un amplio alcance se debe analizar caso por caso. Por ejemplo, un elemento que puede tomarse en consideración es la acción administrativa de carácter regulatorio por parte del Estado, que según la situación podría llevar a una vulneración de dicho estándar.

En relación al estándar de TJE, tenemos el caso *Occidental vs Ecuador* (IVA Petrolero), donde el Tribunal señaló lo siguiente: “(...) *la cuestión de si, además, se había incumplido la obligación de otorgar protección y seguridad plenas en virtud de este artículo es innecesaria, ya que un trato que no es justo*

¹ Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato. Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario.

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

² Entiéndase como Derecho Internacional General

ni equitativo entraña automáticamente falta de protección y seguridad plenas” (Endara Flores, Revista Jurídica de Derecho Público. Tomo 2, 2010, pág. 457).

En otras palabras, se apunta a que se otorgue un trato justo y equitativo a todas las inversiones, y que adicional a ello, reciban una protección y seguridad plenas de parte del Estado, en consecuencia, nos referimos a dos estándares distintos que guardan relación entre sí. De acuerdo con el profesor Christopher Schreuer, el TJE implica que el Estado se abstiene de tomar o iniciar determinadas acciones, mientras que en el estándar de PSP asume una obligación activa de crear un marco que garantice su seguridad (Endara Flores, Revista Jurídica de Derecho Público. Tomo 2, 2010, pág. 458).

En ese sentido, de la revisión de la literatura respecto del lema “justo y equitativo”, podemos identificar 4 formas de aproximarnos al concepto de dicho estándar que son:

1. Respecto al significado “Plano”, se entiende que el trato de la inversión se efectuará por el sentido más simple, indicando que el inversionista tiene la certeza de que el trato de su inversión se realizará en el marco cuyo contenido se caracteriza por el más simple de dichas nociones.
2. En la segunda columna, se hace una relación de ambas nociones (justo y equitativo) con el estándar internacional mínimo y su protección consagrada en el Derecho Internacional General.
3. La tercera columna, se refiere a la conjunción que existe entre ambos elementos que lo conforman (justo y equitativo) partiendo del trato mínimo que se consagra en el Derecho Internacional General.
4. La última columna, trata de la relación existente de dichas nociones con otros estándares del Derecho Internacional de Inversiones como el estándar de PSP.

El presente cuadro presenta de la siguiente forma lo expuesto:

**Cuadro N° 01: Formas de Aproximación Conceptual al Estándar de
Trato Justo y Equitativo**

SIGNIFICADO PLANO	EN RELACIÓN AL ESTÁNDAR INTERNACIONAL MÍNIMO	LA CONJUNCIÓN “Y” DETERMINA EL CONTENIDO DEL ESTÁNDAR	EN RELACIÓN CON OTROS ESTÁNDARES
El inversor tiene la certeza de que el trato de su inversión se desarrollará bajo un estándar cuyo contenido se determina por el más simple de los sentidos de las dos nociones.	Las inversiones internacionales provenientes del extranjero han sido de antaño protegidas por el derecho internacional y cualquier desviación de ese sentido daría lugar a responsabilidad del Estado.	Debe componerse de ambos elementos para formar un único estándar que va más allá del trato mínimo establecido en el derecho común internacional ³ .	Se ha relacionado el estándar con expresiones y estándares como “protección completa y seguridad” o con “trato nacional” o con la cláusula de “nación más favorecida”. Este tipo de práctica busca entregar una mayor protección al inversionista, que al menos tenga en cuenta la posible extensión de la protección hasta el extremo de protegerla como una inversión propia.

Elaboración: Propia

Fuente: (Márquez Escobar & Villegas Carrasquilla, 2009, págs. 171-172).

De otro lado, como se apreciaremos en la presente investigación, los elementos del estándar de PSP se han desarrollado a partir de los pronunciamientos de los tribunales arbitrales, identificándose que dicho estándar se invoca y se aplica conforme a su interacción con otros estándares del Derecho Internacional de las Inversiones. Por ello, resulta de suma relevancia analizar a partir de este nivel como se explica el estándar de PSP en su relación con otros estándares.

En tal virtud, vamos a optar por la clasificación en dos grupos de los diferentes pronunciamientos realizados en la investigación de Endara Flores:1)

³ Entiéndase como Derecho Internacional General

las decisiones relacionadas a la protección física del inversionista o la inversión, que identifican al estándar de PSP con la protección física; y, 2) el estándar aplicado más allá de esta. (Endara Flores, 2010, pág. 55), que implican las decisiones que consideran que la protección no solo abarca el resguardo de lo físico, sino que va más allá.

Sobre el particular, presentamos un cuadro en el cual precisamos los casos invocados y la interpretación que los tribunales le dan al estándar. Como puede apreciarse, el autor hace referencia a los diferentes pronunciamientos de los tribunales arbitrales y la Corte Internacional de Justicia, haciendo una separación entre aquellos que considera que el estándar sólo se extiende al aspecto físico y más allá de este; además de señalar la relación de PSP con TJE y NMT.

Cuadro N° 02: Clasificación según la Protección Física de la Inversión

GRUPO	PRONUNCIAMIENTOS	INTERPRETACIÓN
GRUPO 1 SÓLO PROTECCIÓN FÍSICA DE LA INVERSIÓN	1. Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v. Italy, Judgment, Merits, (1989) ICJ Rep 15; ICGJ 95 (ICJ 1989). ⁴ 2. American Manufacturing & Trading Inc v. Zaire, Award opinion, ICSID Case N° ARB/93/1, IIC 14 (1997). 3. Wena Hotels Limited v. Egypt, Award, ICSID Case N° ARB/98/4, IIC 273 (2000), 8 December 2000. 4. Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. México, Laudo, ICSID Case N° ARB (AF)/00/2, IIC247 (2003) 29/05/2003. 5. Noble Ventures Inc v. Romania, Award, ICSID Case	1. Se considera que el estándar de PSP se refiere sólo contra amenazas físicas, y que debe estar conforme al estándar mínimo internacional o NMT. 2. Precisa que no se permite al Estado invocar su legislación interna para evitar la protección y que no puede ser menor al estándar internacional (NMT). Asimismo, señala que PSP implica un deber de vigilancia. 3. Reitera que el PSP es una obligación de vigilancia. Asimismo, observó una actitud pasiva frente a los hechos dañosos (no tomar todas las medidas necesarias). Se resalta la relación con el estándar de TJE. 4. Hay una relación entre el estándar de PSP y el de NMT. Además, precisa que

⁴ Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v. Italy, no constituye un caso ventilado en la jurisdicción arbitral, sino ante la Corte Internacional de Justicia.

	<p>N°ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12/10/2005.</p> <p>6. Saluka Investments BV v. Czech Republic, Partial Award, Ad hoc, UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 2010 (2006) 17/03/2006.</p> <p>7. Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikayson Hizmetleri AS v. Kazakhstan, ICSID Case N° ARB/05/17; IIC 344 (2008) 21/07/2008.</p> <p>8. Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Egypt, Award, ICSID Case N° ARB/04/13; IIC 356 (2008) 24/10/2008.</p> <p>9. BG Group v. Argentine Republic UNCITRAL Arbitration, Final Award, 24/12/2008.</p> <p>10. Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt, Award, ICSID Case N° ARB/05/15 IIC 374 (2009).</p> <p>11. Pantechniki SA Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, Award, ICSID Case N° ARB/07/21 30/07/2009.</p>	<p>esta no es absoluta ni emite responsabilidad objetiva.</p> <p>5. Incluye que PSP no es un estándar estricto, y que requiere de la debida diligencia de parte del Estado.</p> <p>6. Señala que PSP se aplica cuando los inversionistas fueron afectados por conflictos civiles y violencia física. Además, señala que se debe aplicar todas las medidas razonables a su alcance.</p> <p>7. Sólo se requiere demostrar que el Estado actuó sin la debida diligencia, no es necesaria la malicia, además de su relación con el NMT. Asimismo, sostuvo que hay una relación con el TJE.</p> <p>8. Precisa que el estándar de PSP debe distinguirse del TJE, pero que tienen como punto en común de interrelación la debida diligencia del Estado.</p> <p>9. Se acoge en la interpretación de anteriores pronunciamientos y limita su alcance a situaciones de violencia física.</p> <p>10. Sostiene que PSP no es absoluto, y se debe verificar si el Estado ejerció la debida diligencia para prevenir el daño. En el caso se observó una falta de acción (omisión) de parte de las autoridades gubernamentales.</p> <p>11. Precisa que el estándar de PSP debe tomar en consideración el elemento de proporcionalidad, más aún cuando estamos frente a un Estado débil y frágil. Así, sostiene que se vulnera cuando teniendo conocimiento del inminente daño, no tomaron las precauciones para evitarlo tomando en consideración los recursos del Estado.</p>
--	--	---

		El punto central no es la cantidad de recursos, sino lo que este hace con los que tiene disponible.
GRUPO 2 NO SOLAMENTE POR FALTA DE PROTECCION FÍSICA	<p>1.CME Czech Republic BV v. Czech Republic, Ad hoc, UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001) 13/09/2001.</p> <p>2.Lauder v. Czech Republic, Final Award, Ad hoc, UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205 (2001) 3/09/2001.</p> <p>3.Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, Award, LCIA Case N° UN3467, IIC 202 (2004) 01/07/2004.</p> <p>4.Eureko BV v. Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc, UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 98 (2005) 19/08/2005.</p> <p>5.Azurix Corp v. Argentina, Laudo, Caso CIADI N° ARB/01/12, IIC 24 14/07/2006.</p> <p>6.PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, Award and Annex, ICSID Case N° ARB/02/05, IIC 198 (2007) 19/01/2007.</p> <p>7.Siemens AG v. Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case N° ARB/02/8, IIC 227 (2007) 06/02/2007.</p> <p>8.Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentina, Award, ICSID Case N° ARB/01/3, IIC 292 (2007) 22/05/2007.</p>	<p>1. Extiende el estándar de PSP a los actos administrativos y de regulación que puedan realizar los Estados.</p> <p>2. Precisa que el estándar de PSP obliga a las partes a ejercer la debida diligencia, de manera razonable según las circunstancias, que puede ser mantener un sistema judicial disponible.</p> <p>3. Se pone de manifiesto la relación entre el estándar de PSP y el TJE, en el cual señala que, si hay una vulneración del segundo, también existe sobre PSP, aunque no se explica el motivo.</p> <p>4. Entra al debate si un acto de acoso y hostigamiento por parte del gobierno puede configurar una vulneración al estándar de PSP. Si bien en el caso ello no ocurre, por un tema de responsabilidad internacional del Estado si deja abierta dicha posibilidad.</p> <p>5. Señala la relación entre el estándar de PSP con el de TJE, indicando que es posible vulnerar el estándar sin necesidad de ejercer violencia física. Precisa que siempre se otorgará un trato justo y equitativo a las inversiones, las cuales gozarán de PSP.</p> <p>6. La violación al estándar se basó en la modificación del marco regulatorio y administrativo del Estado. Precisa que la violación del TJE implica una vulneración del estándar de PSP.</p>

	<p>9. Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA, v. República Argentina, CIADI Caso N° ARB/97/3, 20/08/2007.</p> <p>10. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, Award and Concurring & Dissenting Opinion, ICSID Case N° ARB/05/22; IIC 330 (2008) 18/07/2008.</p> <p>11. National Grid P.L.C. v. Argentina Republic UNCITRAL Arbitration, Award 03/11/2008.</p>	<p>7. Señala que la seguridad también se refiere a la cualidad del sistema legal, que implica certeza y previsibilidad de las normas. Se condenó al Estado por iniciar una renegociación del contrato sin apoyarse en el interés público.</p> <p>8. Se interpretó la falta del estándar de PSP en un sentido amplio del sistema político y legal. Aunque señala que esto no ha sido debidamente probado, no descarta que sí se pueda dar bajo las circunstancias particulares.</p> <p>9. Precisa que, al no limitarse sólo a interferencias físicas, este puede ampliarse, por tanto, se debe interpretar como cualquier medida o acto que prive la inversión.</p> <p>10. Precisa que el estándar de PSP implica un deber de diligencia en el actuar del Estado. Además, al considerar el calificativo de “plenas”, el estándar se extiende a otros asuntos distintos al físico como el comercial y legal. Por lo tanto, cualquier otro factor abusivo o innecesario puede calificar como una vulneración a dicho estándar.</p> <p>11. Señala la relación con el TJE, y como esta no se encuentra limitada en el ámbito físico. Además, precisa que el TJE no es un parámetro absoluto, por lo tanto, lo que es justo y equitativo en situaciones normales no lo es en contextos adversos, por lo cual, el inversionista no puede ser ajeno a estas.</p>
--	---	--

Elaboración: Propia

Fuente: (Endara Flores, 2010, págs. 56-93).

Así pues, de acuerdo con la interpretación de los tribunales internacionales podemos concluir que el alcance del estándar de Protección y Seguridad Plenas implica la protección contra las violaciones de carácter físico y jurídico que pudiera cometer el Estado receptor ante los inversionistas extranjeros.

En el grupo 1, el alcance de la protección del estándar de PSP implica también la amenaza física conforme al estándar mínimo o de Nivel Mínimo de Trato, no pudiendo el Estado invocar su legislación interna para evitar la protección, implicando un deber de vigilancia y debida diligencia con una relación dinámica con los estándares de TJE y NMT. Asimismo, se establece que el Estado debe aplicar las medidas razonables y proporcionales a su alcance.

De otro lado, en el grupo 2 la protección del estándar de PSP se aprecia una evolución, en cuanto a su alcance, que se establece en los pronunciamientos de los tribunales internacionales en donde el estándar de PSP no solamente se limita a la protección física, sino también al ámbito comercial y legal, como cualquier otro factor abusivo o innecesario que pueda calificar como vulneración a dicho estándar.

En efecto, se precisa la interrelación entre TJE y PSP, por lo cual se hace posible infringir dicho estándar aún sin que exista violencia física, como por ejemplo, mediante actos o regulaciones administrativas de parte del Estado⁵. Por consiguiente, podemos apreciar cómo el alcance del estándar PSP se extiende al ámbito del sistema legal y político del Estado receptor.⁶

Asimismo, el estándar de PSP se extiende a los actos administrativos y regulatorios; a los actos de acoso y hostigamiento del Estado; a la certeza y previsibilidad de las normas, abriéndose a cualquier medida o acto que prive la inversión. Se señalan algunos otros aspectos en la interacción de PSP con TJE

⁵ El Caso CIADI N° ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 julio de 2006, Azurix Corp. v. Argentina, Laudo, en su párrafo 406 señala lo siguiente: “(...) *sostuvieron que se había incumplido la obligación de dispensar un tratamiento justo y equitativo porque no se habían otorgado protección y seguridad plenas*”.

⁶ En el Caso N° ARB/01/3, IIC 292 (2007) 22 May 2007, Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentina, Award, ICSID, en su párrafo 287 señala lo siguiente: “(...) *The argument made in general about a possible lack of protection and security in the broader ambit of the legal and political system is not in any way proven or even adequately developed*”.

precisando la posibilidad de vulnerar el estándar de PSP sin necesidad de generar violencia física, ya que la vulneración del TJE implica también la vulneración del estándar PSP.

En suma, el autor considera que existen dos características del estándar de PSP: primero, es un estándar absoluto en tanto el tratamiento de protección que se otorga al inversionista se determina por su propio contenido normativo (tratados internacionales de inversión), a diferencia de otros estándares relativos que se otorgan por referencia a otros inversionistas en circunstancias similares; segundo, que es una obligación de medios y no de resultados, es decir, no hay un fin específico, aunque sí el de poner todos los medios adecuados para alcanzar el objetivo. (Endara Flores, 2010, págs. 94-95).

Seguidamente, en relación al TJE, nos referimos al caso de ELSI vs Italia (1989) que fuera resuelto por Corte Internacional de Justicia (CIJ), donde se cuestionó la decisión del gobierno municipal de Palermo (Italia) de intervenir provisionalmente a la empresa por incumplir sus obligaciones financieras. Aquí, el Tribunal señaló que una medida local no necesariamente afecta a un estándar del derecho internacional; sin embargo, el juez Stephen Schwebel se apartó de dicha decisión⁷, concluyendo que se violó el principio de trato equitativo (Márquez Escobar & Villegas Carrasquilla, 2009, págs. 174-175).

Así pues, identificamos una relación estrecha entre el estándar de PSP y el TJE, comentada ampliamente por la doctrina y desarrollada en los laudos de los tribunales internacionales. Aunque no todos apuntan a una diferencia entre ambos, sí existe una relación incuestionable. Asimismo, se precisa que no se puede invocar la legislación interna para soslayar el cumplimiento del estándar de PSP, mientras que su vigilancia no debe ser inferior al estándar mínimo

7 “El Magistrado Schwebel reconoce que una liquidación ordenada habría estado llena de incertidumbres, pero no tanto en relación con la capacidad y el derecho de ELSI a liquidar sus activos, sino en cuanto al cálculo de los perjuicios que podía estimarse que había ocasionado la denegación de ese derecho. La conclusión de que, al imponer la requisita, Italia violó un derecho viable de Raytheon a controlar y gestionar ELSI es aún más patente a la luz del significado del Tratado, elucidado por su proceso de ratificación. No era compatible con el “control sin obstáculos” por los inversionistas de las sociedades que “adquirieran”, ni con la “garantía contra riesgos políticos” del Tratado ni contra los “principios de trato equitativo” que el Tratado se proponía garantizar”. *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. Pag. 258- 259. Recuperado el 10/10/2019 de <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>*

internacional, de este modo se verifica la relación con el estándar de NMT⁸. Al mismo tiempo, cabe resaltar que se vulnera dicho estándar cuando no se realizan las acciones necesarias para evitar que se repita el hecho dañoso contra el inversionista o sus inversiones⁹.

Siguiendo el presente análisis, respecto al alcance del estándar de PSP más allá de lo físico, cabe resaltar que los tribunales han optado por una interpretación a partir del texto de los tratados; en consecuencia, si no se tiene una limitación sólo al aspecto físico se puede ampliar a otras situaciones más allá de lo físico, aunado a ello está presente la relación que puede tener con el TJE¹⁰. Ello evidencia la aplicación del estándar de PSP conforme a la redacción del tratado de inversión, lo cual va de la mano con la interrelación del TJE que ha sido tratado en diversos casos¹¹.

Sobre la base de lo expuesto, autores como Carrano Tarrillo opinan que el estándar de PSP fue analizado inicialmente respecto a daños físicos, y luego se fue extendiendo a más allá de este, lo cual, a su vez, depende mucho de la forma de redacción del instrumento internacional. Ahora bien, aunque no existe uniformidad al respecto, si existe consenso en el contenido básico de la obligación, que es la protección del inversionista y sus inversiones contra la

⁸ Dicho criterio ha sido abordado en el Caso N° ARB/93/1, IIC 14 (1997) de American Manufacturing & Trading Inc v. Zaire.

⁹ Esto conforme a lo desarrollado en el párrafo 237 del Caso N° IIC 98 (2005) del 19 de Agosto del 2005, Eureka BV v. Poland, Patrial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc- UNCITRAL Arbitration Rules.

¹⁰ El Caso N° ARB/97/3, 20 de agosto del 2007, CIADI, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A., c. República Argentina, en el párrafo 7.4.15 ha señalado lo siguiente:“(…) el Tribunal señala que el texto del Artículo 5(1) no limita la obligación a otorgar protección y seguridad razonables frente a “interferencias físicas”, como se alega. Si las partes en el TBI hubieran tenido la intención de limitar la obligación a las “interferencias físicas”, podrían haberlo hecho incluyendo palabras al efecto en la pertinente sección. Ante la falta de dichas palabras de limitación, el alcance de la protección del Artículo 5(1) debería interpretarse como aplicable a cualquier acto o medida que prive a la inversión del inversor de protección y plena seguridad, siempre que, de conformidad con la redacción específica del Tratado, el acto o medida también constituya un trato injusto e inequitativo”.

¹¹ El Caso N° ARB/05/22; IIC 330 (2008) 18 julio 2008, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania, en el párrafo 730 concluyó lo siguiente: “(…) The Arbitral Tribunal also does not consider that the “full security” standard is limited to a State’s failure to prevent actions by third parties, but also extends to actions by organs and representatives of the State itself”.

violencia física, lo ubicado más allá de lo físico todavía se encuentra en debate (Carrano, 2010, págs. 234-235).

Asimismo, hay daños que pueden ser ocasionados por terceros ajenos al Estado (movilizaciones sociales o guerras civiles) como en el caso AMT versus Zaire donde la demanda se sustentó en las pérdidas sufridas por el inversionista por las fuerzas armadas de Zaire en 1991 y 1993 (*American Manufacturing & Trading Inc v. Zaire, Award opinion, 1997*), así como la propia acción o inacción del Estado, como fue el caso de los hoteles Wena versus Egipto (*Wena Hotels Limited v. Egypt., 2000*) (Carrano, 2010, págs. 236-237).

En suma, podemos concluir que los estándares de PSP, TJE y NMT suponen la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para configurar su cumplimiento. Es así que, se hace necesario pasar a analizar los principales elementos que componen al estándar de Protección y Seguridad Plenas a fin de tener una aproximación teórica sistemática que nos permita llegar a la específica delimitación conceptual de la obligación de debida diligencia.

1.2. Definición y Elementos del Estándar de Protección y Seguridad Plenas

El estándar de Protección y Seguridad Plenas no tiene una configuración única o uniforme, es decir, la forma de su redacción ha variado conforme su evolución a través del tiempo como de las partes que intervienen en su suscripción, lo cual se ha venido desarrollando en los párrafos precedentes. A pesar de dicha configuración diversa en los instrumentos internacionales, estos elementos se han afirmado conforme a lo aceptado por los Estados a través de sus Tratados suscritos como también por la interpretación desarrollada en los laudos de los Tribunales Internacionales.

En ese sentido, se hace preciso examinar la obligación de debida diligencia como elemento de este estándar, su delimitación conceptual, así como su desarrollo interpretativo en el terreno jurídico; todo ello a fin de reforzar el análisis respecto al contenido del estándar de Protección y Seguridad Plenas y su relación con los demás estándares consagrados en los instrumentos del Derecho Internacional de Inversiones. Asimismo, para determinar el contenido y los

elementos del estándar de PSP se requiere analizar los pronunciamientos de los diferentes tribunales internacionales que han desarrollado tal concepto a fin de delimitar sus elementos. Dicho esto, pasamos a analizar los elementos aludidos que son:

1. Prevención

Un primer elemento es tomar medidas para prevenir o remediar. Al respecto, es conveniente citar el caso de Rumeli Telecom, donde el tribunal indicó que el estándar de PSP implica que el Estado ejerza razonablemente las acciones para proteger la inversión en contra del daño que podrían ocasionar a terceros¹². Por lo tanto, a consideración del tribunal, un elemento central para atribuir responsabilidad es la ausencia de acción para prevenir o remediar el daño¹³. Este elemento de prevención ha sido desarrollado en otros pronunciamientos arbitrales, rescatando que el Estado debe actuar tomando en cuenta el ejercicio de la debida diligencia¹⁴.

En ese sentido, conforme a lo señalado por los Tribunales Internacionales de Inversión, se observa que si un Estado no toma las medidas inmediatas que están razonablemente a su alcance podría vulnerar tal estándar, lo cual también se encuentra vinculado con el estándar del TJE¹⁵. Es así que, en el caso Wena Hotel dicho tribunal considera que la falta de acción inmediata del Ministro de Turismo para restaurar el control en el establecimiento, así como la ausencia de acciones sustanciales contra los responsables, devino en una vulneración del

¹² Según el Caso N° ARB/05/16; IIC 344 (2008) del 21 Julio del 2008 de Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomunikayson Hizmetleri AS v. Kazakhstan, en su párrafo 659 se sostiene lo siguiente: “(...) *that is, the clause requires that the host country should exercise reasonable care to protect investment against injury by private parties*”.

¹³ Op. cit., en su párrafo N° 663 señala que: “(...) *the key criterion is that the State knows of the unlawful act and takes no action to prevent or remedy it, according to the case*”.

¹⁴ Según lo resuelto en el Caso N° ARB/04/13; IIC 356 (2008) del 24 de Octubre del 2008, de Jan de Nul NV y Dredging International NV v. Egypt, en el párrafo 269 señala que: “*The notion of continuous protection and security is to be distinguished here from the fair and equitable standard since they are placed in two different provisions of the BIT, even if the two guarantees can overlap. As put forward by the Claimants, this concept relates to the exercise of due diligence by the State*”

¹⁵ En el Caso N° ARB/98/4, IIC 273 (2000) del 8 de diciembre del 2000, Wena Hotels Limited vs Egypt, en su Párrafo N° 84 se arriba a la siguiente conclusión: “(...) *Moreover, once the seizures occurred, both the police and the Ministry of Tourism took no immediate action to restore the hotels promptly to Wena's control. Finally, Egypt never imposed substantial sanctions on EHC or its senior officials, suggesting Egypt's approval of EHC's actions*”.

estándar de PSP en relación con el elemento de prevención. Lo anteriormente expuesto permite evidenciar que el TJE se encuentra dentro de un tratado internacional de inversión que suscribió el Estado egipcio, demostrando la interrelación entre dichos conceptos.

Como puede observarse, en los casos antes invocados se menciona tácitamente *un elemento de razonabilidad* al momento de atribuir o no responsabilidad al Estado por los daños que terceros ajenos al Estado podrían ocasionar al inversionista, situación materia de evaluación por los tribunales arbitrales de acuerdo al caso concreto y en la que hasta el momento se viene centrando el análisis en los pronunciamientos de “The International Centre for Settlement of Investment Disputes” (ICSID).

2. Proporcionalidad

Otro elemento del estándar de PSP es el de proporcionalidad, aplicable a posibles incumplimientos de tratados bilaterales, así como la relación que guarda con el TJE y la NMT, existiendo un elemento de proporcionalidad aplicable a los estándares antes comentados¹⁶.

En efecto, este elemento debe analizarse según el caso concreto, rescatando que el TJE otorgado por el Estado a los inversionistas contiene un elemento de proporcionalidad, el cual se analiza a partir de las acciones que toma el Estado frente a los inversionistas, que pueden ser regulaciones o actos

¹⁶ El tribunal de “The London Court of International Arbitration” (LCIA) en los Casos N° UN3467 y N° UN3467, IIC 202 (2004) del 1 julio de 2004, en su Párrafo N° 404, señala lo siguiente: “404. (...) *En el caso que nos ocupa, el Tratado dispone, en su Artículo II.3(a), que se le concederá a las inversiones un trato justo y equitativo, que gozarán de protección y seguridad plenas y que en ningún caso se les concederá un trato menos favorable al establecido por el derecho internacional. **En numerosas ocasiones, se ha interpretado que el deber de otorgar un trato justo y equitativo incluye una obligación de proporcionalidad.** Los casos citados por las Demandantes incluyen:*

- *MTD Equity SDN.BHD. y otro c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7 (25 de mayo de 2004);*
- *LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1 (3 de octubre de 2006);*
- *Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 (29 de mayo de 2003); y*
- *Azurix Corp. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12 (14 de julio de 2006)”.*

administrativos¹⁷. Ahora bien, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, se ha venido aludiendo a algunos elementos de dicho estándar (razonabilidad y proporcionalidad), así como a su relación con el estándar de NMT y TJE. Sobre el particular, es preciso considerar que existen ciertas diferencias entre la redacción de un tratado con otro, por lo tanto, hay una variedad en su formulación que debe tomarse en consideración.

3. Debida Diligencia

Ahora bien, es preciso darle un énfasis a la debida diligencia como elemento del estándar de PSP y su evolución a fin de determinar un marco analítico que contribuya a su marco conceptual. Así pues, el aporte principal de la debida diligencia como elemento del estándar de PSP podemos hallarlo en su delimitación conceptual como obligación del Estado. Para arribar a dicha delimitación vamos a transitar por el Derecho Internacional General, la doctrina, los pronunciamientos de los tribunales internacionales e incluso, abordaremos aspectos de la regulación estatal.

Según Carrano Tarrillo, el grado de diligencia aplicable al Estado se determinará caso por caso, al ser una responsabilidad subjetiva y de medios, no de resultados. Se inicia a partir de la premisa de que no hay una definición uniforme de la misma, tal como lo señaló en su momento el relator especial García Amador. Para tal efecto, tomaremos en cuenta algunos elementos analizados por el autor de manera taxativa. (Carrano, 2010, págs. 240-242)

- **El grado de diligencia depende de los medios disponibles por el Estado:** en este elemento se toma en consideración los recursos disponibles que tiene este sujeto internacional para actuar frente a situaciones normales. Por ello, es de suma relevancia considerar si estamos frente a un Estado frágil y débil.

¹⁷ Op. cit. El Tribunal en el Párrafo N° 407 sostuvo que la operación de cofinanciamiento realizado no vulneraba el equilibrio ecológico, por lo cual, si bien las autoridades ecuatorianas se negaron a renovar las licencias en virtud de daños de dicha índole, el tribunal señaló que: “(...) [S]ería excesivamente formalista, a la luz de las consideraciones precedentes, del [TBI], y del derecho internacional, cuando tales infracciones no hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana, entender que la Resolución guarda proporcionalidad con tales infracciones, la consiguiente neutralización del valor económico y comercial de dicha inversión, y las expectativas de recuperación y retorno de la Demandante al realizarla (...)”.

- **Si la evaluación de la diligencia se da en función a los riesgos involucrados:** su discusión se aborda en el artículo 4 del Proyecto de Normas de Responsabilidad Internacional por daños originados en actos no prohibidos por el Derecho Internacional, donde se señala que la obligación de diligencia debe ser proporcional al daño causado.
- **Para el cumplimiento de la debida diligencia debe considerarse el conocimiento o posibilidad de parte del Estado sobre los potenciales daños:** este es un elemento que ha sido tocado en el caso Wena versus Egipto, donde este había sido informado en reiteradas veces de las intenciones de violentar las instalaciones del aludido hotel; por lo tanto, sus autoridades eran conscientes del daño potencial. Un hecho similar se da en el caso AMT versus Zaire, comentado en los párrafos precedentes.

En el sentido de lo expuesto, la forma de determinar si el estándar de PSP se ha vulnerado es considerando si el Estado actuó con la debida diligencia, quedando acreditado de sobremanera esta relación; es decir, su falta de diligencia o vigilancia puede conllevar a su vulneración. Igualmente, se entiende que conducirse con una debida diligencia implica un elemento del estándar mínimo de trato a los extranjeros conforme el derecho consuetudinario internacional (Endara Flores, El alcance del Estándar de protección y seguridades plenas en los Tratados de Inversión, 2010, pág. 96).

Asimismo, tenemos que Newcombe y Paradell¹⁸ indican que el requerimiento del estándar de PSP se da en función a si el Estado actúa con la debida diligencia y se origina en dos contextos:

(...) “First, the host state must use due diligence to protect foreign nationals and their property from the injurious acts of private parties, including mobs and insurgents. Many early minimum standard of treatment cases involved the failure of host states to protect foreign nationals from physical violence. Second, the state must exercise due diligence in the administration of justice, for example, by investigating or prosecuting those responsible for criminal acts against foreign nationals. State responsibility arises from failure to exercise due diligence to

¹⁸ NEWCOMBE Andrew y PARADELL Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, pag. 246. L

prevent crime or in the pursuit, arrest and bringing to justice of the accused”.

Los autores describen estos dos contextos de la siguiente manera; el primero, que el Estado debe usar la debida diligencia para proteger a los inversionistas e inversiones de actos dañosos de personas privadas, incluyendo turbas e insurgentes; y segundo, que el Estado debe ejercer debida diligencia en la administración de justicia, por ejemplo, investigando o persiguiendo a aquellos responsables por actos criminales en contra de extranjeros. Dos contextos perfectamente delimitados que se deben considerar: protección de la propiedad extranjera contra turbas e insurgentes (que se relaciona con el caso Bear Creek) y acceso a la justicia de parte de inversionistas extranjeros.

En vista de que estamos frente a un concepto de compleja definición, la interpretación de los pronunciamientos de los tribunales internacionales es fundamental. Por ello, la debida diligencia se relaciona con otros elementos como el *grado de un buen gobierno o la utilización de los medios disponibles para ejercer su vigilancia.*

En ese sentido, los autores citados señalan la importancia de analizar si el Estado, en función a todos sus recursos disponibles, actuó por debajo del nivel mínimo internacional que se podría esperar de este. Es decir, no es razonable esperar que todos reciban una protección policial de última generación o un juzgamiento muy alto, si es que dentro de sus recursos recibió la protección adecuada empleando todas las medidas razonables a su alcance (Endara Flores, 2010, pág. 101).

En consecuencia, se puede inferir que un Estado incumple con su obligación de actuar con debida diligencia cuando, estando plenamente consciente de sus obligaciones y de la necesidad apremiante de protección y poseyendo los recursos disponibles a su alcance, falla generando daños en el inversionista o su propiedad. Otro elemento a considerar, es el nivel de desarrollo del Estado, donde se insertó el elemento de proporcionalidad al momento de analizar la debida diligencia y el estándar de PSP, lo cual ha sido

analizado en diversos pronunciamientos donde el nivel de desarrollo del Estado receptor ha sido un elemento a considerar¹⁹.

Por consiguiente, habiendo abordado la forma cómo se invoca el estándar de PSP y su interacción con los otros estándares del Derecho Internacional de Inversiones, así como los elementos que lo conforman, resulta pertinente hacer un análisis de la debida diligencia desde el punto de vista teórico; asimismo, se hace necesario abordar la forma en que se ha conceptualizado en otras ramas del derecho internacional como el Derecho Internacional General, Ambiental o de Derechos Humanos.

1.3. La Debida Diligencia en el Derecho Internacional General

Dado que el análisis de la obligación de Debida Diligencia como elemento del estándar de Protección y Seguridad Plenas nos permite demostrar la hipótesis de la presente investigación, se hace necesario estudiarla en el ámbito del Derecho Internacional General.

En ese sentido, el Derecho Internacional General contribuye a la determinación de un marco analítico para la delimitación conceptual de las instituciones del Derecho Internacional, particularmente en el terreno de los derechos humanos, medio ambiente, inversiones, comercio, finanzas, desarrollo, entre otros. Resulta entonces de relevancia el análisis del tratamiento que le ha dado el Derecho Internacional General a la obligación de debida diligencia de los Estados a fin de complementar su desarrollo interpretativo en el Derecho Internacional de Inversiones.

¹⁹ En el caso de *Pantechniki SA Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, Award, ICSID Case N° ARB/07/21 30/07/2009. Igualmente, en el caso de *CMS contra Argentina* se señaló lo siguiente: *“La crisis tuvo en sí un serio impacto en (...) los negocios del Demandante, pero ello en cierta medida puede ser atribuido al riesgo empresarial que (...) asumió al invertir en Argentina (...) Ante esos efectos no puede ser pretendiendo que la empresa (...) [opere] de la manera habitual. En caso contrario, las partes no compartirán algunos de los costos de las crisis de una manera razonable y la decisión sería, (...) una póliza de seguro contra el riesgo empresarial, resultado que, como lo argumento el Demandado, no se justificaría”* (Endara Flores, 2010, pág. 111).

En ese sentido, resulta pertinente citar a James Crawford²⁰ en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos donde se establecen los criterios, características y lineamientos que justifican una adecuada delimitación de la obligación de debida diligencia, un concepto que tiene un avanzado desarrollo en el campo de la Responsabilidad Internacional puede encontrar un apoyo complementario en el terreno del Derecho Internacional General a través de la obra que se cita.

De este modo, pasaremos por explicar los 2 principios básicos:

(i) La responsabilidad del Estado en cuanto “normas secundarias”: Se realiza una separación donde las normas respecto a la responsabilidad del Estado tienen un carácter de norma secundaria. Así, si bien sus obligaciones sustantivas surgen de las normas primarias como los instrumentos internacionales o el derecho consuetudinario, los artículos sobre la responsabilidad del Estado proporcionan un marco general respecto las consecuencias del incumplimiento de una determinada obligación primaria, caso contrario, se podría exceder de su función. En este punto radica la relevancia de dicha diferenciación (Crawford, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 2009, pág. 3).

Igualmente, esta distinción reformula algunas normas generales de responsabilidad, que pueden desarrollarse sin tener que solucionar un sinnúmero de cuestiones acerca del contenido o aplicación de ciertas normas cuya transgresión puede generar responsabilidad (Crawford, RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS, 1998, pág. 7).

²⁰ El autor señala antecedentes históricos, de los cuales destaca los 35 artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) durante los años 80, los cuales fueron la base de los artículos relativos al origen y características fundamentales de la responsabilidad del Estado. Posteriormente, en el año 1997 se nombra a J. Crawford relator especial, quien elaboró una segunda lectura del proyecto de artículos. Luego, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) toma nota del proyecto debatiéndose en su momento. Mediante Resolución 62/61 se observó con reconocimiento la compilación de artículos, y finalmente el 6 de diciembre de 2010, se adoptó una posición similar en su Resolución 65/19. La importancia de la revisión de este autor radica en que han sido aprobados y aplicados ampliamente en la práctica, incluso por la Corte Internacional de Justicia (Crawford, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 2009, págs. 1-2)

Es más, la noción de debida diligencia como un estándar de comportamiento vinculado a la norma primaria de no dañar ha estado presente desde los orígenes de intentos de codificación que rigen la responsabilidad, incluido en el marco del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001), a pesar del debate que existió y se mantiene en algunos sectores (ELORRIO, 2013, pág. 201).

(ii) Los fundamentos de la responsabilidad del Estado: En la primera parte se determinan las normas sobre atribución y justificación por los hechos internacionalmente ilícitos. Por ello, al inicio se dispone que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. Dicha disposición no se aplica exclusivamente a la responsabilidad de los Estados respecto a otros Estados.

Así, respecto a la relación de entre la obligación internacional de prevenir o reprimir daños a extranjeros y la noción de debida diligencia, se puede afirmar que su ausencia constituye una condición necesaria para que se viole dicha obligación y por tanto exista responsabilidad del Estado, *contrario sensu*, si acredita el cumplimiento de su deber de diligencia, estaría excluida la ilicitud del hecho (ELORRIO, 2013, pág. 174).

Para esto, se deben verificar 2 elementos: primero, que el comportamiento sea atribuible al Estado; y segundo, que sea incompatible con sus obligaciones internacionales. Para tal fin, no se requiere la existencia de dolo o culpa por parte de este a fin de determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, esto no significa que las normas sobre culpabilidad sean irrelevantes, sino que existen otras normas que pueden establecer grados de culpabilidad, como la debida diligencia.

En tal sentido, respecto a la culpa como requisito general, Crawford como Relator Especial se pronunció, en el párrafo 118 de su primer informe, sosteniendo que *“(...) una vez más, la respuesta es que el ámbito de las obligaciones de los Estados es extraordinariamente amplio y que a las diversas obligaciones en ese ámbito se aplican elementos y grados de diligencia muy*

distintos. Por lo tanto, no existe un requisito a priori de conocimiento o intención especial por parte de los órganos del Estado que se aplique a todas las obligaciones y que pueda considerarse un requisito previo (...)” (Crawford, RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS, 1998, pág. 33).

En cuanto a la atribución de un comportamiento determinado a un Estado, tenemos las disposiciones que tratan su alcance desde un punto de vista subjetivo como funcional, por ejemplo, pueden ser personas bajo la dirección del Estado, funcionarios o autoridades oficiales, entre otros. Aquí se asume que todo funcionario estatal se pronuncia en representación de su Estado.

Luego, tenemos los aspectos sobre la dimensión temporal de los hechos ilícitos, como los de carácter compuesto, continuo y complejo. Finalmente, tenemos la noción de ilicitud, así como las circunstancias de exclusión de la misma. (Crawford, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 2009, págs. 4-5).

Es así que, se hace necesario referirnos a las consecuencias de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, como la obligación de cesación, ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición y reparación a las víctimas (Crawford, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 2009, pág. 6).

Sobre el particular, Crawford desarrolla el concepto de un hecho internacionalmente ilícito, respecto del cual sostiene lo siguiente: *“El artículo 2 establece los elementos necesarios para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito: a) el comportamiento atribuible al Estado, b) que es incompatible con sus obligaciones internacionales. Una característica importante de esta disposición consiste en que no se requiere en absoluto que exista culpa o dolo por parte del Estado para efectos de determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Por supuesto que ello no significa que la culpabilidad sea irrelevante en las normas relativas a la responsabilidad del Estado. Más bien, significa que las distintas normas primarias sobre responsabilidad internacional pueden imponer diversos grados de culpabilidad, que van desde la “debida diligencia” hasta la responsabilidad objetiva”* (Crawford, Artículos sobre

Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 2009). De este modo, identificamos que el análisis de culpa o dolo no entra en el análisis, no obstante, sí el de la debida diligencia a efectos de determinar si el Estado cumplió con ejercer un comportamiento idóneo respecto las circunstancias particulares del conflicto analizado.

Habiendo analizado la obligación de debida diligencia desde el aporte de James Crawford, ello nos permite partir de una base del Derecho Internacional General a fin de revisar específicamente el desarrollo de esta obligación como elemento del estándar de Protección y Seguridad Plenas en el Derecho Internacional de Inversiones. No obstante, también debemos mencionar la crítica respecto de que la obligación de prevención y precaución, entendida dentro de la debida diligencia, no constituye una obligación absoluta, sino está sujeta a diversas condiciones. Sobre el particular, Garner ²¹incide en el equilibrio que debería existir entre el poder regulatorio y las obligaciones internacionales del Estado, enfatizando respecto de todo aquello que es posible garantizar y prevenir como de los límites que existen respecto de tales obligaciones. El autor refuerza el elemento de la razonabilidad y su relación con todo aquello que le es exigible al Estado en la aplicación o implementación de su debida diligencia.

Finalmente, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, en su texto guía para la interpretación ha definido la debida diligencia y colocado dicho concepto en el marco de los principios rectores de la siguiente manera: *“Se ha definido la diligencia debida como “la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias*

²¹ *“It is, of course, an error to say, as has sometimes been said, that a state is bound by international law to prevent wrongs to aliens within its territories or to indemnify them in case it fails to do so. Such an obligation would make the state an insurance society obliged to guarantee them for all losses and injuries which it failed to prevent. No state, however well organized and however efficient and vigilant its peace officers and other functionaries may be, is capable of preventing wrongs from being committed at times against aliens, and international law imposes no such impossible obligation upon any state. What it does require, and this alone, is that the proper authorities of the state shall exercise due diligence to prevent the perpetration of such wrongs, that is, to do all that they can reasonably be expected to do, to prevent them”* (ELORRIO, 2013, pág. 175).

determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión. En el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos”. (ONU, 2012)

1.3.1. La Debida Diligencia en el Derecho Internacional de Inversiones

El análisis del desarrollo de este elemento de debida diligencia en el Derecho Internacional de Inversiones contribuye a una mejor delimitación conceptual como obligación del Estado, particularmente para el planteamiento sobre cómo se debe interpretar esta obligación en el caso de conflictos sociales causados por proyectos mineros. El análisis a partir del Derecho Internacional de Inversiones implica hacer una revisión del tratamiento que se le ha dado a través de la interpretación por parte de los tribunales que resuelven estas controversias (inversionista- Estado); de igual forma, acudimos a la opinión de la academia.

La noción de debida diligencia aparece inicialmente como una obligación del Estado de prevenir y reprimir los daños que afecten a la persona del extranjero o sus bienes como consecuencia de hechos particulares que carezcan de vínculo con el Estado, como por ejemplo conflictos internos (manifestaciones, movimientos sociales, guerras civiles, entre otros (ELORRIO, 2013, págs. 168-169). Así pues, el ejercicio de la debida diligencia implica la protección de los inversionistas bajo circunstancias razonables²². Igualmente, es preciso señalar que el estándar de PSP no es absoluto, por lo cual se requiere el ejercicio de la debida diligencia de parte del Estado²³.

²² En el caso de *Lauder v. Czech Republic*, Final Award, Ad hoc- UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205 (2001) del 3 setiembre del 2001, en su párrafo 308 señala lo siguiente: “(...) *The Arbitral Tribunal is of the opinion that the Treaty obliges the Parties to exercise such due diligence in the protection of foreign investment as reasonable under the circumstances*”.

²³ Esto según el Caso N° ARB/01/11. IIC 179 (2005) del 12 octubre del 2005, *Noble Ventures Inc v. Romania*, Award, ICSID, en su párrafo 164.

Ahora bien, el tribunal internacional, citando a su vez el caso del Hotel Wena contra Egipto (*Wena Hotels Limited v. Egypt.*, 2000), ha precisado que el estándar de PSP no es absoluto, y que la relación con el deber de diligencia en el derecho internacional de inversiones se da en el ejercicio de la debida diligencia en la protección y prevención de daño de la inversión y del inversionista del Estado receptor²⁴.

En efecto, este ha sido un criterio reiterado en los diferentes pronunciamientos que desarrollamos al inicio de este acápite. Así, hemos afirmado que el ejercicio de la debida diligencia implica la protección de los inversionistas bajo circunstancias razonables, por lo tanto, se aprecia como la debida diligencia en el derecho de inversiones implica una protección razonable, donde se toman en cuenta diversos instrumentos internacionales como los tratados bilaterales de inversión²⁵.

Al respecto, resulta relevante mencionar los principios rectores de la ONU sobre empresa y derechos humanos. Aquí se alude al deber de debida diligencia que debiera cumplir la empresa según su contexto; así pues, "(...) estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de: 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 leyes 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" (Pilar Ibañez-M; Viviana Ordoñez- S, 2014, pág. 235).

De este modo, el concepto de debida diligencia tiene una extensa relación con el derecho internacional de inversiones, por lo que su interpretación ha sido

²⁴ En el Caso N° ARB/05/15; IIC 374 (2009) de *Waguieh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt*, Award, ICSID, lo siguiente en: "*The standard of protection expected of a host state is not absolute. It has been stated that a host state must exercise "due diligence" in preventing harm to an investment*". En otras palabras.

²⁵ En el caso de *Lauder v. Czech Republic*, Final Award, Ad hoc- UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205 (2001) del 3 setiembre del 2001, en su párrafo 308 señala lo siguiente: "(...) *The Arbitral Tribunal is of the opinion that the Treaty obliges the Parties to exercise such due diligence in the protection of foreign investment as reasonable under the circumstances*"

dilucidada por los diferentes pronunciamientos arbitrales, la costumbre y la doctrina. En tal virtud, resulta de especial importancia la protección del Estado a las inversiones y al inversionista mediante el ejercicio de una debida diligencia que implica un comportamiento de vigilancia. En ese sentido, es preciso evaluar si este *comportamiento de vigilancia* implica la sostenibilidad con la que debiera gestionar el Estado esta obligación, pues ello incumbe también otros elementos, entre ellos el económico.

Es pertinente precisar que los instrumentos de carácter internacional constituyen un aspecto medular del marco legal para la protección del inversionista e inversiones extranjeras, siendo a su vez importante para la atracción de los mismos para el Estado receptor, donde las cláusulas comunes son: trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato de nación más favorecida, trato nacional (artículo 3), indemnización por pérdidas (artículo 4), expropiación (artículo 5), repatriación de inversiones y devoluciones (artículo 6), la solución de controversias puede someterse a arbitraje internacional si así lo desean los inversionistas (Víctor Saco, Pamela Torres, 2018, pág. 222).

Asimismo, es importante señalar que debido a la complejidad en las actividades empresariales y la diversidad de tradiciones jurídicas, no hay una única forma de entenderlo. No obstante, a partir de los pronunciamientos arbitrales antes citados, tenemos varias formas de acercamiento a dicho concepto y su relación con el derecho internacional de inversiones; además de la exigencia que tienen las empresas de respetar los derechos humanos mediante el ejercicio de la debida diligencia. Es más, los Estados pueden aprovechar más sus reglamentaciones existentes como parte de su objetivo de garantizar que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos. (Olivier de Schutter; Anita Ramasastry; Mark B. Taylor; Robert C. Thompson, 2012, págs. 69-70). En ese sentido, los autores nos muestran un escenario específico para el ejercicio de la debida diligencia en donde el rol protagónico lo tiene la empresa; sin embargo, no toda la carga recae sobre ella, sino que pareciera que condicionan este rol a un adecuado y efectivo poder regulatorio estatal.

1.3.2. La Debida Diligencia en la relación entre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional de Derechos Humanos

Para efectos de demostrar la tesis, la interpretación para la aplicación de la debida diligencia en el caso de conflictos sociales debe darse en el marco de la interacción del Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Así pues, cuando se alude al elemento de Debida Diligencia del Estado nos estamos refiriendo a la obligación para procurar un piso de actuación [gestión] en cuanto a la prevención, tomando en consideración su propia organización y estructura. Conviene en ese sentido, tener en cuenta la organización, estructura y gestión del Estado receptor de la inversión en relación a la forma en que previene y gestiona los conflictos sociales en los distintos espacios territoriales en que se pudieran suscitar.

En ese sentido, la profesora Soledad García señala que: “La obligación de debida diligencia consiste en la necesaria actividad de prevención y adecuado tratamiento que el Estado ha de procurar en todas las situaciones que involucren un riesgo o daño para los derechos humanos de las personas, con independencia de que las mismas hayan sido generadas por actos de agentes del Estado, o de particulares” (García, 2004). En relación a la debida diligencia el autor hace referencia a dos elementos que conviene desarrollar: (i) La necesaria actividad de prevención y, (ii) el adecuado tratamiento del Estado frente al riesgo o daño de derechos humanos.

Respecto al primer elemento, resulta sumamente pertinente la referencia a una *necesaria actividad de prevención*, ya que consideramos que la gestión de conflictos sociales requiere una sólida política de prevención de los mismos, estructurada de tal manera que pueda permitir al Estado receptor intervenir de manera oportuna y efectiva haciendo que su obligación de protección de la inversión extranjera pueda encontrar una conjugación con su política de prevención de conflictos.

De igual forma, la *necesaria actividad de prevención* implica la implementación adecuada e integral de las entidades y órganos encargados de

promover y ejecutar esta política de prevención de conflictos. En ese sentido, se debe procurar que el Estado cuente con los recursos humanos y financieros que permitan que sus entidades sean capaces de reaccionar oportunamente frente a los potenciales conflictos que se relacionen particularmente con la protección de la inversión extranjera.

Igualmente, respecto al elemento de necesaria actividad de prevención, resulta pertinente mencionar su desarrollo en materia ambiental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que los principios de prevención y precaución se encuentran dentro del concepto de debida diligencia, concretamente del mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado (Clément, Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el sistema interamericano, 2001, pág. 1).

En tal virtud, cuando hablamos del principio de prevención (riesgo cierto o daño dudoso) nos centramos en el supuesto donde el sujeto se encuentra en una situación en que sus diferentes comportamientos pueden producir daño, por tanto, se justifica que exista una jurisdicción a fin de que se tomen las medidas razonables para evitar un daño a los legítimos intereses de otros sujetos del derecho internacional. Por otro lado, la obligación de precaución (daño dudoso) no responde a la idea de debida diligencia, sino del buen gobierno y gestión que se adelante ante la duda de una actividad que pueda ser riesgosa, como por ejemplo, para el medio ambiente. (Clément, Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el sistema interamericano, 2001, págs. 2-3). En otras palabras, dichos principios implican que el Estado, entre otras cosas, gestione una sólida y sostenible política pública para vigilar su comportamiento.

De otro lado, resulta pertinente referirnos a la interacción de la obligación de debida diligencia del Estado dentro del marco regulatorio del Derecho Internacional de Inversiones y del Derecho Internacional de Derechos Humanos, tomando como base que los conflictos sociales en el campo de las inversiones han significado, en no pocos casos, la vulneración de derechos humanos de las comunidades en la que se extrae el recurso o materia prima.

Así pues, a nivel regional, concretamente de los países integrantes del MERCOSUR, es importante resaltar lo establecido en la Declaración de Principios de Producción Limpia, proclamado en la reunión de los ministros de medio ambiente del MERCOSUR desarrollada en Montevideo, el 9 de octubre de 2013, donde respecto el principio de prevención, se enuncia lo siguiente: “Promover la Producción Limpia como estrategia que permita prevenir los efectos negativos que las actividades productivas puedan producir sobre el ambiente de los Estados Parte”. Dicho documento materializa la preocupación de los países miembros del MERCOSUR por buscar un equilibrio entre el impulso de las actividades productivas y la prevención de los efectos negativos sobre el medio ambiente, lo que en buena cuenta implica, una mirada distinta a la forma de hacer empresa en esta parte del mundo.

De este modo, Zlata Drnas de Clément sobre dichos principios en materia ambiental concluye lo siguiente: “(...) Tanto en el principio de prevención como en el de precaución la labor internacional está encausada a fortalecer e impulsar las acciones nacionales, ya que, en la gran mayoría de las situaciones, esos principios -de repercusión internacional- se aplican a través del derecho interno de los Estados. Tal como lo observáramos al resumir las labores de los distintos órganos y organismos de las NU, de la OEA, como así también las de organismos subregionales en materia de prevención y precaución, las medidas que los sujetos internacionales adoptan ad intra constituyen el eje de la gestión tanto del riesgo cierto como del daño dudoso, permitiendo preservar al medio humano desde el origen mismo de las causas de su degradación” (Clément, Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el sistema interamericano, 2001, pág. 12). Aquí, la autora hace referencia a la aplicación de los principios internacionales a través del derecho interno de los Estados, lo que nos permite referirnos al fortalecimiento de las entidades estatales y su rol en la protección de dos de sus principales compromisos internacionales: el cuidado del medio ambiente y la protección de la inversión privada. Al respecto, creemos que solo un Estado con instituciones sólidas podría garantizar la protección de la inversión conforme a los principios y estándares del Derecho Internacional de Inversiones.

En ese sentido, la profesora Drnas de Clément enfatiza lo siguiente respecto a la debida diligencia en el derecho ambiental: “(...) *la diligencia debida no constituye en este caso, en esta materia, una obligación de mero comportamiento sino una obligación de estructura compleja, más cercana a la obligación de resultado: la obligación del Estado de evitar que se produzca un daño transfronterizo por la actividad realizada por particulares en su territorio como consecuencia de la falta de adopción de medidas de prevención adecuadas a las circunstancias*” (ELORRIO, 2013, págs. 199-200). Resalta en este punto, la calidad de *obligación de estructura compleja* que se le asigna a la debida diligencia y creemos que ello guarda relación con el proceso de implementación de mejora permanente que debieran realizar, tanto el Estado como la empresa, en su estructura organizacional a fin de prevenir responsablemente situaciones de conflictividad social que pudieran perjudicar a cualquiera de las partes intervinientes en el desarrollo económico- social del país.

Por otro lado, el *adecuado tratamiento del Estado frente al riesgo o daño de los derechos humanos*, creemos que este “adecuado tratamiento” debe darse en estricto respeto de la inversión extranjera. Justamente en razón de dicho elemento, creemos que corresponde al Estado receptor afirmar la sostenibilidad de la política de prevención de conflictos que contribuya a mitigar los riesgos o daños tanto a los derechos humanos de la población como los derechos de protección a la inversión.

Asimismo, el concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos no sustituye a los mecanismos de reparación de las víctimas, sino es un medio por el cual las empresas pueden identificar, prevenir y dar cuenta de los daños, a través de los órganos judiciales y regulatorios, que de forma objetiva e imparcial evalúen el respeto por los derechos humanos (Olivier de Schutter; Anita Ramasastry; Mark B. Taylor; Robert C. Thompson, 2012, pág. 1)

Por tal motivo, consideramos que el riesgo o daño a los derechos humanos en el territorio trae como consecuencia un riesgo o daño a la inversión. En ese sentido, se afirma lo trascendental de la obligación de debida diligencia del Estado frente a sus compromisos de carácter internacional como local. Así,

podemos decir que la implementación de una sólida y sostenible política de promoción y protección de inversiones implica también el *adecuado tratamiento del Estado frente al riesgo o daño de los derechos humanos*.

De este modo, podemos afirmar entonces que la política de inversiones del Estado no se reduce a su promoción ni que tampoco su protección sea exclusiva del fuero internacional, sino que la gran labor radica en el cumplimiento de su obligación de debida diligencia en el ámbito de su regulación interna. Es por ello, que el Estado tiene un deber general de protección de los derechos humanos que se extiende a todos sus órganos, en otras palabras, está obligado a adoptar todas las medidas que razonablemente se podrían implementar para prevenir una vulneración de los derechos humanos (Olivier de Schutter; Anita Ramasastry; Mark B. Taylor; Robert C. Thompson, 2012, pág. 8).

Actualmente, debido a la coyuntura social y la interacción economía-sociedad, las vigentes y dinámicas Organizaciones Internacionales vienen haciendo propuestas respecto al desarrollo de la obligación de debida diligencia, enfatizando su rol en el sector empresarial. Ello denota una evolución que proviene tanto del terreno privado como el público para la protección de derechos humanos.

Es así que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el factor común para el desarrollo de esta obligación tanto de las empresas como del propio Estado. Según Olga Martín-Ortega (...) *“Este estándar de diligencia debida se está desarrollando a su vez a través de instrumentos generales como los Principios Rectores del RESG y las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales y sectoriales, como aquellos instrumentos creados en el marco de la regulación del comercio y explotación de los llamados minerales conflictivos, entre ellos la Guía de la OCDE sobre Diligencia Debida para la Cadena de Suministro Responsable de Minerales de Zonas Afectadas por Conflicto y Áreas de Alto Riesgo, y sus equivalentes directrices del Grupo de Expertos de las Naciones Unidas para la RDC sobre diligencia debida”* (Ortega, 2013).

La protección de los derechos humanos tiene un efecto también en la protección de la inversión y dicha política debe ser liderada por el Estado coordinando de manera fluida, dinámica y sincera con su población y con el inversionista extranjero. Para ello, es preciso reiterar que se debe contar con un Estado sólido, efectivo y diligente que sea capaz de monitorear sus procesos de gestión y cautelar derechos de sus ciudadanos como de extranjeros.

En ese sentido, Martín-Ortega señala que *“(...) quizás el desarrollo más importante que traerá la práctica estatal será el de consolidar la obligación de proteger del Estado en materia de derechos humanos en el ámbito de las actuaciones empresariales. A medida que avanzamos en este sentido, esta obligación se desarrolla para incluir el establecimiento de medidas para requerir y apoyar a las empresas a que ejerciten diligencia debida (Ortega, 2013).* Es trascendente en este punto, la verificación del marco jurídico estatal que propicie el desenvolvimiento del Estado como de la empresa en la consecución de sus fines esenciales, en otras palabras, creemos que la obligación de debida diligencia del Estado o de la empresa se encuentran condicionadas no sólo a la voluntad de estas entidades sino también al marco regulatorio estatal que propicie y canalice esta voluntad.

En suma, estamos convencidos que el propio Estado no podría actuar conforme a la obligación de debida diligencia si encuentra en su propio marco regulatorio las trabas burocráticas o normativas para hacerlo, esto necesariamente nos lleva a otro escenario bastante frecuente en el cual la obligación de debida diligencia importa la vulneración del marco regulatorio ya establecido y, por ende, se requieren modificaciones que dada su urgencia no son posibles de concretización en el terreno real.

Lo mismo sucede en la esfera empresarial, en donde frecuentemente las empresas obvian su obligación de debida diligencia porque su cumplimiento implica vulneración del marco regulatorio establecido. Así, es importante resaltar que la obligación de debida diligencia debería darse en un marco regulatorio factible que se encargue de viabilizar esta necesaria prevención de ambos actores.

En efecto, es ampliamente discutido el terreno en el que se encuentra el desarrollo conceptual de la debida diligencia. Así, De Shutter, Ramasastry, Taylor y Thompson hacen la siguiente referencia: “(...) *el concepto de diligencia debida se encuentra en áreas del derecho que son análogas o directamente relacionadas con los derechos humanos, como los derechos laborales, la protección del medio ambiente, la protección del consumidor y la lucha contra la corrupción. A partir de la práctica de los Estados y las normas internacionales, es posible extraer una tendencia emergente en la de la diligencia debida similar en muchas jurisdicciones*”. (Olivier de Schutter; Anita Ramasastry; Mark B. Taylor; Robert C. Thompson, 2012). Como señalan dichos autores, es en el terreno jurídico en donde se afirma la evolución y desarrollo de la debida diligencia, principalmente en disciplinas con un impulso reciente como el derecho ambiental o la protección del consumidor. De ahí que, constituye un enorme reto para el Estado, la efectividad con que se adapten e implementen estas innovaciones en el sistema regulatorio de la organización estatal.

Finalmente, respecto a la debida diligencia y su relación con el cumplimiento de los derechos humanos, los autores antes señalados sostienen que: (...) “*el papel de la diligencia debida es doble: aclarar las expectativas de las empresas y hacer que sea más fácil para los legisladores y los tribunales evaluar su cumplimiento*” (Olivier de Schutter; Anita Ramasastry; Mark B. Taylor; Robert C. Thompson, 2012). Pues bien, cabe resaltar este aspecto en el sentido del rol de la debida diligencia de esclarecer el marco regulatorio sobre el que debieran desenvolverse los empresarios y funcionarios estatales en la búsqueda de sus aspiraciones y objetivos legítimos. De otro lado, no menos importante es la evaluación constante relacionada a sus actuaciones e interacción con esta obligación de debida diligencia.

1.4. La Protección y Seguridad Plenas en las disposiciones en materia de inversión en los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú

El estándar de Protección y Seguridad Plenas, cuyo elemento de análisis es el de debida diligencia, se encuentra establecido en los Acuerdos

Internacionales de Inversión suscritos por el Perú²⁶. Es de señalar que no existe un texto uniforme que identifique a este estándar lo que hace que la interpretación respecto a su contenido y sus elementos sea variada. Pese a ello, consideramos que el contenido esencial de este estándar implica al elemento de debida diligencia del Estado, en el caso concreto, para la prevención de los conflictos sociales que pudieran suscitarse, particularmente, por la extracción de sus recursos naturales.

El aporte principal de la forma en que se encuentra enunciado el estándar de Protección y Seguridad Plenas es la diversidad interpretativa que existe con relación a su contenido y elementos. Sin embargo, esta diversidad no debería afectar a su elemento materia de estudio: el de debida diligencia.

De otro lado, más allá de lo establecido en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones donde expresamente se enuncian sus clásicos estándares (entre ellos PSP), resulta pertinente presentar un cuadro verificando las diferentes formas en que se incorporado este estándar en los Acuerdos Internacionales Comerciales suscritos por el Perú. Así pues, apreciaremos un listado sobre estos Acuerdos Comerciales, tomando especial atención en el TLC suscrito con Canadá por ser materia de análisis en el presente trabajo de investigación.

²⁶ Desde 1991, se encuentran vigentes 29 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y, desde el 2009, se tienen vigentes 9 capítulos de inversión en Tratados de Libre Comercio. Fuente: Web Site del Ministerio de Economía y Finanzas www.mef.gob.pe

Cuadro N° 03: El Estándar PSP en los Acuerdos Internacionales Comerciales del Perú

N°	ACUERDO/ TRATADO COMERCIAL	ENTRADA EN VIGOR	NIVEL MÍNIMO DE TRATO (ARTÍCULO)	TEXTO DEL ARTÍCULO	¿CONTIENE PSP?
1	Tratado de Libre Comercio Perú – Honduras	01 de enero de 2017.	Artículo 12.4.	<p>Artículo 12.4: Nivel Mínimo de Trato</p> <p>2 1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p>	SI

2	Alianza del Pacífico	28 de abril de 2011	Artículo 10.6	<p>ARTÍCULO 10.6: Nivel Mínimo de Trato</p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo”, y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel y no crean derechos sustantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo, y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar un nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. La determinación de que se ha violado otra disposición del presente Protocolo Adicional o de otro acuerdo internacional, no establece que se haya violado el presente Artículo.</p>	SI
3	Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial entre la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela	01 de agosto de 2013	NO	NO	NO
4	Acuerdo de Libre Comercio Perú – Costa Rica	1° de junio de 2013	Artículo 12.4	<p>Artículo 12.4: Nivel Mínimo de Trato. 1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p>	SI

5	Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea	1° de marzo de 2013	NO	NO	NO
6	Acuerdo de Libre Comercio Perú – Panamá	1° de mayo de 2012.	Artículo 12.4.	Artículo 12.4: Nivel Mínimo de Trato. 1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.	SI
7	Acuerdo de Asociación Económica entre el Perú y Japón	1° de marzo de 2012	NO	NO	NO
8	Protocolo entre la República del Perú y el Reino de Tailandia para Acelerar la Liberalización del Comercio de Mercancías y la Facilitación del Comercio y sus Protocolos Adicionales	31 de diciembre de 2011	NO	NO	NO

9	Acuerdo de Libre Comercio entre el Perú y Corea	1 de agosto del 2011	Artículo 9.5.	<p>ARTÍCULO 9.5: NIVEL MÍNIMO DE TRATO. 1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido conforme el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.</p>	SI
10	Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio	1° de julio de 2012	NO	NO	NO
11	Tratado de Libre Comercio entre el Perú y China	01 de marzo de 2010	Artículo 132	<p>Artículo 132: Trato Justo y Equitativo y Plena Protección y Seguridad. 1. Cada Parte otorgará trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad de conformidad con el derecho internacional consuetudinario a las inversiones en su territorio de inversionistas de la otra Parte. 2. Para mayor certeza, (a) los conceptos de “trato justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” no requieren un trato adicional del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros de conformidad con el nivel del derecho internacional consuetudinario; (b) una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional, no implica que se haya violado el nivel mínimo de trato a los extranjeros; (c) “trato justo y equitativo” incluye la prohibición contra la denegación de justicia en procedimientos criminales, civiles o administrativos de conformidad con los principios generales aceptados del derecho consuetudinario internacional; y (d) el nivel de “plena protección y seguridad” no implica, en ningún caso, un mejor trato que el otorgado a nacionales de la Parte donde la inversión ha sido realizada.</p>	SI

12	Tratado de Libre Comercio Perú-Singapur	1 de agosto de 2009	Artículo 10.5.	<p>ARTÍCULO 10.5: NIVEL MÍNIMO DE TRATO. 1. Cada Parte concederá a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas. 2. Los conceptos de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el estándar del nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario y no crean derechos adicionales significativos. (a) La obligación de proveer trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos. (b) La obligación de proveer protección y seguridad plenas exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.</p>	SI
13	Tratado de Libre Comercio Perú – Canadá y sus Anexos	1° agosto 2009	Artículo 805	<p>Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato. 1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional independiente, no significa que se haya violado este Artículo.</p>	SI
14	Acuerdo de Promoción Comercial PERÚ-EE.UU.	1 de febrero de 2009	Artículo 10.5.	<p>Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato. 1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.</p>	SI

15	Acuerdo de Integración Comercial Perú – México	24 de enero de 2012	Artículo 11.5.	<p>Artículo 11.5: Nivel de trato</p> <p>Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos 11.3 y 11.4. Artículo 11.6: Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario</p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte, trato acorde con el nivel mínimo de trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición de este Capítulo o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se ha violado este Artículo.</p>	SI
16	Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Chile	1º de marzo de 2009	Artículo 11.4	<p>Artículo 11.4: Nivel Mínimo de Trato. 1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. La determinación de que se ha violado otra disposición del presente Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este artículo.</p>	SI
17	El Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico	1998	NO	NO	NO
18	Acuerdo de Complementación Económica entre Perú y Cuba	9 de marzo de 2001	Artículo 19	Artículo 19.- Las Partes promoverán la realización de inversiones recíprocas, con el objetivo de intensificar los flujos bilaterales de comercio, tecnología y capitales, para lo cual intercambiarán información sobre oportunidades de inversión.	NO

19	Acuerdo de Complementación Económica entre Perú y los Estados Parte del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay)	17 de diciembre de 2005	NO	NO	NO
20	Acuerdo de Libre Comercio entre Perú - Comunidad Andina	26 de mayo de 1969	NO	NO	NO
21	Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de Australia	11 de febrero de 2020	SI	<p>Artículo 8.6: Nivel Mínimo de Trato</p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo”, y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de otorgar: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.</p>	SI

Elaboración: Propia

Fuente: <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>

Es conveniente señalar que, el cuadro precedente nos muestra un panorama general de los acuerdos comerciales en los que se encuentra establecido el estándar PSP, por lo que podemos afirmar que este se encuentra consagrado taxativamente en la mayoría de acuerdos internacionales comerciales o de inversión, lo que evidencia, una perspectiva general sobre las obligaciones internacionales a las que encuentra comprometido nuestro país.

Así pues, se hace necesario precisar lo establecido en el Capítulo de Inversiones (Capítulo Ocho) del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y el Perú, el cual en su Artículo 805²⁷ hace alusión al Nivel Mínimo de Trato; Trato Justo y Equitativo; y la Protección y Seguridad Plenas”. Al respecto expresa de manera literal la relación de TJE y PSP con el NMT precisando que los primeros no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el NMT a los extranjeros según el Derecho Internacional Consuetudinario.

En suma, este primer capítulo se ha centrado en la aproximación teórica del estándar de PSP y su elemento de debida diligencia. Para ello, hemos hecho un recuento del tratamiento que se le ha dado a la debida diligencia en el Derecho Internacional de Inversiones como el Derecho Internacional de Derechos Humanos. Del mismo modo, se ha efectuado un análisis del estándar de PSP y su relación con el TJE y NMT llegando a verificar la forma en que se ha enunciado textualmente el estándar PSP en los distintos Acuerdos Comerciales que mantiene el Perú.

²⁷ Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario.
3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional independiente, no significa que se haya violado este Artículo.

CAPÍTULO II

PANORAMA GENERAL SOBRE LA GESTIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES EN EL PERÚ

En el presente capítulo analizaremos, en primer lugar, los conflictos sociales en proyectos mineros que se han suscitado en el Perú, a través de información sobre su estado situacional y las estadísticas actuales sobre los conflictos socioambientales causados por la actividad minera. Ello nos permitirá apreciar un panorama general de la gestión de conflictos sociales en el Perú.

A propósito de mostrar este panorama general vamos a hacer una revisión de la tipología de conflictos sociales que existen, para proponer la forma en que deba aplicar la obligación de debida diligencia a cargo del Estado. Finalmente, vamos a analizar el conflicto ocurrido en el caso Bear Creek, relevando los hechos e interpretación en el laudo que tengan relación con la obligación de debida diligencia.

Empezamos el análisis de los conflictos sociales mostrando la distribución porcentual de los conflictos socioambientales por actividad y de los procesos activos en proceso de diálogo correspondientes al mes de septiembre de 2019.

Gráfico N° 01



Fuente: Defensoría del Pueblo, Reporte de Conflictos Sociales N° 187.

El gráfico N° 01 nos muestra el alto índice de conflictividad que existe en el sector minero, del total de actividades económico productivas identificadas en el sector minero se registra el 63.9% de conflictos del total identificados a setiembre de 2019.

2.1. Los Conflictos Sociales en Proyectos Mineros en el Perú

Para ello, el gráfico N° 02 nos muestra, el análisis de acuerdo al tipo de conflicto, evidenciando que en el sector socioambiental se registra el mayor número de conflictos con un 66.3% del total. Del análisis de ambos gráficos podemos concluir que los conflictos socioambientales en el sector minero constituyen el gran problema a resolver en el país.

Gráfico N° 02

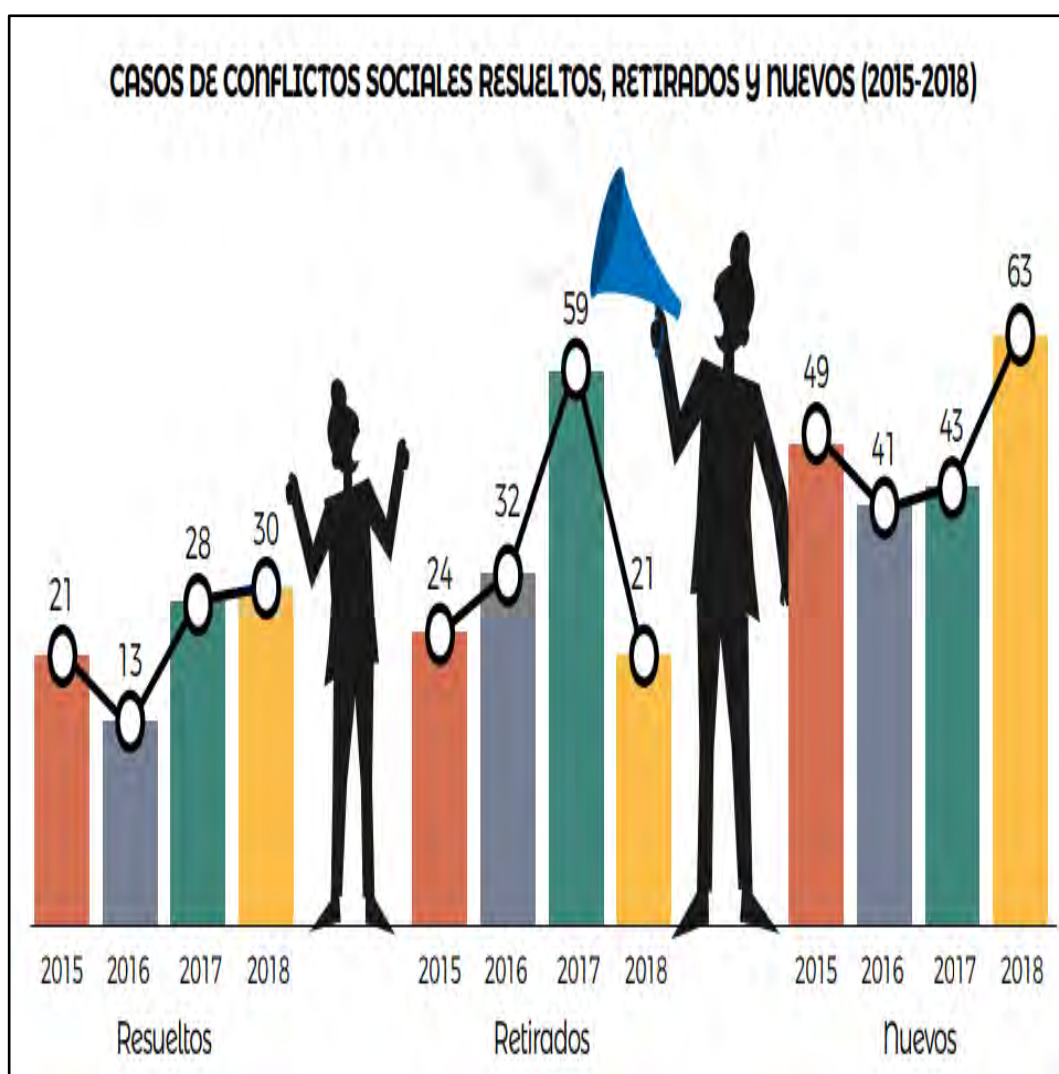


Fuente: Defensoría del Pueblo, Reporte de Conflictos Sociales N° 187

De otro lado, al 2018, la Defensoría del Pueblo (DP) nos mostraba una disminución de la conflictividad social de forma general; del total de nuevos casos, 24 eran socioambientales. Asimismo, respecto a casos reiterados por falta de actividad o desinterés manifiesto de los actores, incluido el gobierno, se

registraron 21, donde 17 fueron socioambientales, nuevamente la mayoría (Defensoría del Pueblo, 2018, pág. 142). A efectos de graficar lo antes expuesto, adjuntamos una infografía de los casos resueltos, reiterados y nuevos entre el 2015 y el 2018 que se plasma en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 03



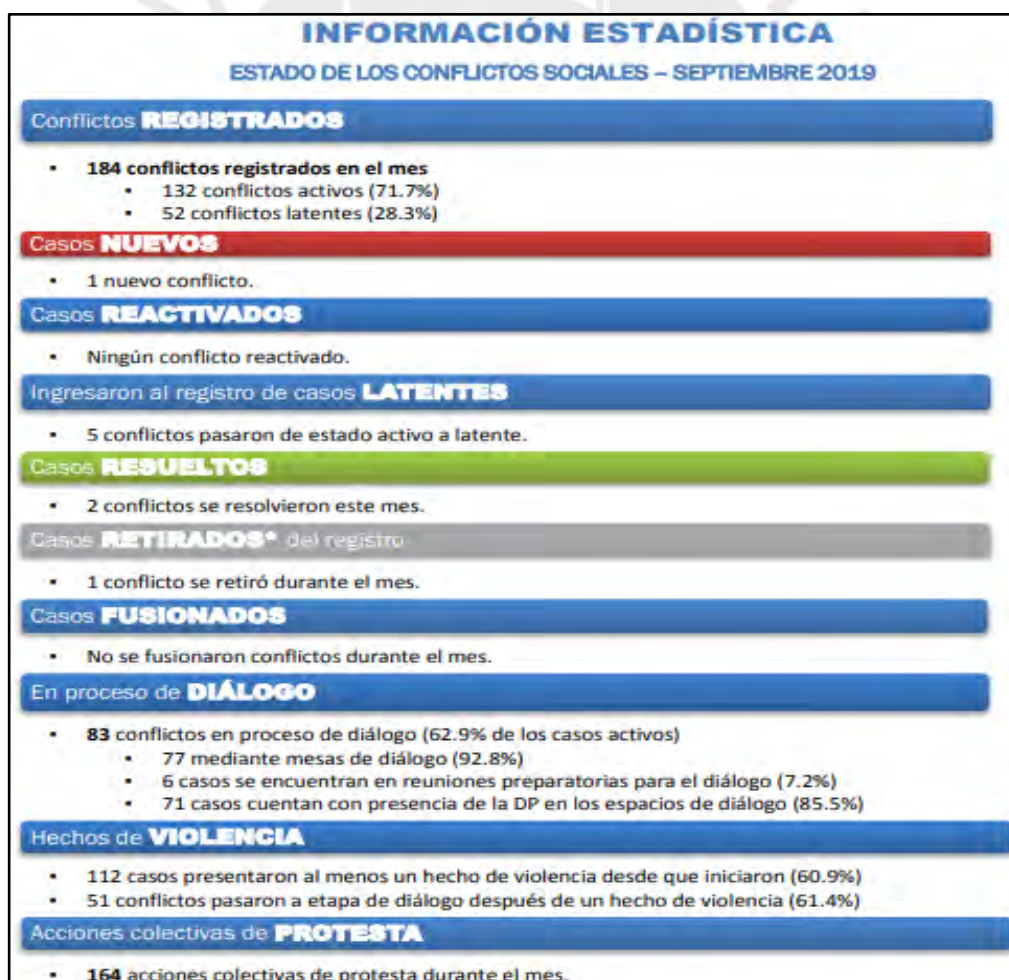
Fuente: (Defensoría del Pueblo, 2018, pág. 142)

La información preliminar se debe leer en conjunto con la evolución de conflictos en años anteriores al 2019 según la tipología identificada por la DP. Así, observamos que el 62.1% corresponde al tipo socioambiental; a su vez, de este monto, el 66% responde a conflictos relacionados con la actividad minera (Defensoría del Pueblo, 2018, pág. 143). En ese sentido, es válido afirmar que la reiteración y registro de nuevos conflictos, en su mayoría, son de carácter

socioambiental; y de este total, la gran mayoría de conflictos se relacionan con la actividad minera, por lo que se puede evidenciar que es un hecho que viene repitiéndose en los últimos años, lo cual llama la atención y preocupación del mismo, siendo determinante para la relevancia de la presente investigación.

De otro lado, conforme se muestra en el gráfico 04, resulta importante señalar que a setiembre de 2019 se tienen 184 conflictos registrados, de los cuales en 112 casos se presentaron al menos un hecho de violencia, habiéndose presentado 164 acciones colectivas de protesta durante este mes. Asimismo, los datos nos muestran una situación adversa, pero a la vez implica un reto a los actores involucrados, particularmente al Estado, quienes deben procurar estrategias y acciones que conduzcan a la adecuada gestión de los mismos.

Gráfico 04



Fuente: Defensoría del Pueblo, Reporte de Conflictos Sociales N° 187, pag.5

A mayor abundamiento, la DP señala que en ese tipo de conflictos las causas principales fueron por problemas ambientales y sociales, y por incumplimiento de acuerdos; es más, también se precisa lo siguiente: *“La conflictividad social tiende a incrementarse cuando la institucionalidad no garantiza procedimientos legales efectivos para resolver demandas sociales, y las prácticas políticas entre autoridades y ciudadanos no son percibidas como suficientemente confiables y efectivas (...)”* (Defensoría del Pueblo, 2018, pág. 145). En otras palabras, existen serios cuestionamientos en cuanto a la gestión adecuada de los conflictos sociales relacionados a la actividad minera, que particularmente en América Latina, tiene como actores principales al Estado e inversionista extranjero.

Sobre el particular, y en relación a la gestión de los conflictos sociales, Josep Redorta señala que *“(...) Hablar de gestión de conflictos es situarnos en la traducción de la expresión inglesa conflict management. Es entrar en un campo donde las definiciones no concuerdan y donde a menudo se habla de conflict resolution para referirnos a la misma cosa.”* (Redorta, 2004). De este modo, como primer acercamiento, tenemos que la conceptualización de los conflictos sociales implica un análisis de diversos elementos relacionados con su gestión en búsqueda de la consecución de su fin esencial: la promoción de una cultura de paz.

De otro lado, respecto a la conflictividad en el Perú desde las políticas públicas, Carlos Alza precisa que *“(...) se trata de re-politizar el debate y sacarlo de la mera exposición técnica reducida al análisis costo-beneficio o a la eficiencia en el uso de los recursos. La exigibilidad de los derechos o su realización no tiene que ser necesariamente seguida ante Tribunales jurisdiccionales nacional o supranacionales, o a través de procedimientos judicializados formales. Más bien el enfoque de derechos permite –en particular con los derechos económicos, sociales y culturales- que el Estado actúe a través de sus políticas públicas y la regulación estatal, con igualdad y participación ciudadana, y que los medios sean finalmente eso, frente a los fines que son las personas y sus derechos”.* (Alza, 2008). De este modo, se resalta la importancia de la gestión de los conflictos sociales, relacionada con la debida diligencia estatal, tomando en consideración un enfoque de derechos a fin de que la regulación estatal se

desarrolle con igualdad y participación ciudadana, y no sólo desde un mero análisis de costo – beneficio como se ha venido concibiendo en diversos conflictos y que ha implicado una reacción tardía y poco efectiva en algunos territorios de las comunidades campesinas o nativas.

A su vez, este ha sido un fenómeno estudiado por diversas organizaciones internacionales como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Es así que, mediante un informe en conjunto realizado por Calderón, Fontana, Nava y Pacheco se arribó a la siguiente conclusión: *“Más allá de la diversidad de los países de América Latina y de los avances relativos anotados, existen problemas, tendencias y opciones que tienen una plataforma básica compartida por prácticamente toda la región, sobre la que se desenvuelven los conflictos estudiados. Se trata de sociedades con estructuras de poder excesivamente concentradas, dinámicas económicas insuficientemente competitivas en el mercado internacional, instituciones estatales relativamente débiles y poco legítimas, con serios problemas en términos de violencia y de seguridad ciudadana, de exclusión social (desigualdad y pobreza) tanto en términos objetivos como subjetivos, de niveles de participación ciudadana limitados y de irregulares e incompletos mecanismos de reconocimiento institucional de las identidades culturales”*. (Fernando Calderón; Lorenza Fontana; María Nava; Huascar Pacheco, 2011). Por lo tanto, podemos identificar que muchos países de Latinoamérica concentran sus estructuras de poder en la capital, mientras que los conflictos sociales se desarrollan fuera de esta, lo cual a su vez deviene en desigualdad y pobreza. Estas son características que deben ser evaluadas por cada gobierno respecto al tratamiento del conflicto en cada fuero, a fin de evitar replicar dichas estructuras de poder que generan una participación limitada de la ciudadanía y desigualdad en el ejercicio de derechos. Conviene aquí, enfatizar que la falta de legitimidad en las instituciones requiere de medidas que van más allá del ámbito económico implicando incluso reformas de carácter constitucional con el consenso de los actores políticos de un país.

En la misma línea, Calderón sostiene que “(...) los países de América Latina comparten rasgos comunes en términos de conflictividad: plataformas de exclusión y desigualdades crónicas mayoritariamente cuestionadas por la ciudadanía, conflictos complejos que relacionan tales desigualdades con el

número de conflictos y su intensidad, combinación de protestas sociales que se expresan tanto en el plano social y nacional como en el plano cultural/global, racionalidades prácticas en los conflictos por la reproducción social, que conviven con demandas de mayor eficacia y eficiencia institucional y con conflictos culturales de carácter sistémico. Asimismo, Estados omnipresentes en todas las esferas de los conflictos, con serias limitaciones para procesarlos, y sociedades con conflictos cada vez más fragmentados, nuevos espacios públicos vinculados con sistemas de comunicación donde se representan de manera contradictoria los conflictos, y conflictos que tienden a desplazarse crecientemente hacia las redes de información y comunicación con efectos multiplicadores en los nuevos escenarios de poder.” (Calderón, 2012). En otras palabras, la lejanía del poder (político, económico y social) con la población es una situación que agrava la desigualdad y el manejo de los conflictos sociales en países como el Perú. Es más, tal como se expuso en los párrafos precedentes, según la data de la DP, la mayoría de conflictos que se reiteran o no se solucionan se deben a una falta de interés de los actores, lo cual puede tener como una de sus causas la lejanía del poder central con la población afectada junto a un sistema de comunicación contradictorio.

Frente al escenario expuesto y analizado por diversos expertos, han surgido diferentes propuestas de solución, tanto desde la política como de la academia. Sobre ello, rescatamos la postura de Sandra Carillo, quien sobre la comunicación en los conflictos mineros propone que *“(…) una propuesta planteada por especialistas de varios sectores, no se puede lograr sin antes trabajar todos estos factores que se encuentran presentes en el proceso comunicativo entre la empresa minera y la comunidad local. Definitivamente, se trata de un proceso de prevención a largo plazo, pero que es más eficiente y eficaz que la reacción ante la crisis, violencia e inestabilidad social provocados por conflictos inadecuadamente gestionados”*. (Carrillo, 2011). En consecuencia, debemos prestar especial atención a la comunicación entre los actores involucrados (empresa – comunidad local), donde el Estado debe ser un agente garante que promueva siempre el diálogo y la prevención. Esto constituye un proceso largo que implica la consolidación de una política de Estado que promueva un sistema de prevención de conflictos transversal a varios gobiernos,

caso contrario, se tendría un alto riesgo frente a conflictos sociales gestionados con una débil planificación y que derivan en mayor violencia, acrecentando una estructura de poder que se aleja de la población con respecto al poder central con sistemas de comunicación que colisionan impactando en los efectos de la gestión del conflicto.

2.2. Tipología de los Conflictos Sociales

Dado que en el presente trabajo se está demostrando la forma cómo se debe interpretar la debida diligencia para la gestión de conflictos sociales en proyectos mineros a partir del pronunciamiento del Tribunal Arbitral del CIADI, se hace necesario aproximarnos a una tipología de estos conflictos sociales ya que esto nos permitirá explicar cómo debiera activar la obligación de debida diligencia del Estado frente a estos conflictos con factores comunes. Esta clasificación nos ayudará a identificar cada tipo conflicto y las particularidades, estrategias y programas multisectoriales que debieran tener en cuenta los Estados al momento de implementar las medidas que se relacionen con el cumplimiento de la obligación de debida diligencia.

La referencia de una tipología de los conflictos sociales se hace relevante porque nos permite identificar de manera precisa los diferentes tipos de conflictos sociales que se puedan suscitar en un determinado territorio. Es así que resulta pertinente invocar a aquella tipología de conflictos sociales relacionadas con el tipo de actividad económica y recursos naturales en determinado territorio local, que es la que se relaciona con el conflicto social analizado en el caso Brear Creek.

De este modo, vamos a incidir particularmente en la tipología de conflictos sociales por actividad económico- productiva, entre los que se han identificado a los conflictos mineros, hidrocarburíferos, energéticos, agrarios, forestales, hídricos, entre otros.

Asimismo, se hace necesario hacer un análisis del estado situacional de la gestión de conflictos sociales, lo que nos permitirá examinar los órganos, normas e instrumentos de gestión con los que cuenta el Estado a fin de prevenir estos conflictos sociales. Ello en el entendimiento de que cada tipo de conflictos tiene

factores y actores distintos, por lo cual, se requiere de un tratamiento especial, además de que hay una variedad de órganos estatales que intervienen, más en uno que en otros.

Sobre el particular, la Defensoría del Pueblo destaca el diálogo como mecanismo de negociación y acuerdos, por el cual, rescata la experiencia alcanzada por la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (ONDS) de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), transformada en febrero de 2017 en la Secretaría de Gestión Social y Diálogo, que junto a otras secretarías dependen del Viceministerio de Gobernanza Territorial. No obstante, también precisó que los constantes cambios de personal junto al contexto general de inestabilidad dificultan un proyecto de institucionalización del diálogo, el cual requiere un mínimo de solidez política y administrativa para emprender reformas efectivas (Defensoría del Pueblo, 2018, págs. 145-146).

A continuación, presentamos un cuadro que muestra la tipología de conflictos sociales en función al nivel, espacio, tipo de uso o acceso, etapa y materia:

Cuadro N° 04: Tipología I de Conflictos Sociales

TIPOLOGÍA	CRITERIO	CATEGORÍA
Por el nivel	El espacio social (el vecindario, la comunidad, la región) donde se desarrolla principalmente el conflicto social, según distintos niveles.	<ul style="list-style-type: none"> – Local – Regional – Nacional – Internacional
Por el espacio público/privado involucrado	El ámbito a donde se ha llevado principalmente el conflicto social para su análisis y manejo. Sin embargo, muchos conflictos sociales se manejan en	<ul style="list-style-type: none"> – Privado – Judicial – Administrativo – Legislativo – Mediático

	distintos espacios, en forma paralela o consecutiva.	
Por el tipo de uso/ acceso	Según los usos o accesos a los recursos en disputa por parte de diferentes partes o actores, que pueden ser instituciones, poblaciones, gobiernos, grupos de interés, etc.	En este sentido, los conflictos sociales pueden ser clasificados infinitamente entre las partes o actores que disputan su derecho como posesionarios, propietarios, usufructuarios del recurso, beneficiario o velador del bien público.
Por la etapa	Según la etapa del proceso en la que se encuentra el conflicto social o el ciclo de vida a partir de situaciones generadas por la problemática detrás del conflicto social.	<ul style="list-style-type: none"> – Latente – Emergente/escalamiento – Crítica o crisis – De estancamiento – De desescalamiento
Por la materia	Se pueden identificar varios tipos de conflictos según la materia o el objeto que está involucrado.	Por ejemplo, en materia ambiental: la calidad del aire, la cantidad/calidad del agua, deshechos, uso de la tierra, salud ambiental, recreación, uso de recursos, áreas protegidas, energía, clima, marino, costero, urbano.

Fuente: USAID/ Perú Pro Descentralización

Documento: Programa de Capacitación en Gestión de Conflictos Sociales para Gobiernos Regionales y Locales.

Elaboración: Propia

Del mismo modo, para finalizar este acápite, presentamos una segunda tipología de conflictos sobre el tipo de actividad económica, así como los de demarcación territorial y los laborales:

Cuadro N° 05: Tipología II de Conflictos Sociales

N°	TIPOLOGÍA	DESCRIPCIÓN
1	Conflictos Mineros	Se desencadenan en torno a actividades mineras, en su fase preliminar de exploración o en las subsiguientes (construcción, explotación y cierre). Personas o grupos cuestionan la viabilidad del proyecto; puede tratarse de cuestionamientos parciales, de reclamos por incumplimiento de compromisos o del pedido de aumento de los beneficios a transferir, entre otros. Involucran por lo general a empresas formales – medianas y grandes- y a la población local.
2	Conflictos por minería informal o ilegal	Surgen debido a la incursión de un creciente número de personas (frecuentemente campesinos pobres) en estas actividades, en muchos casos invadiendo terrenos concesionados a empresas, tierras comunales, parques nacionales o áreas protegidas, sin respetar derechos vigentes. Esta minería, que suele ser de socavón o aluvional, está extendida en muchas regiones del país, involucra a decenas de miles de trabajadores y a algunos empresarios, y tiene impactos muy negativos sobre los recursos naturales; por ejemplo, contaminación, deforestación y desertificación.
3	Conflictos hidro-carburíferos	Se relacionan con las actividades petroleras y gasíferas. Pueden ocurrir en cualquier fase del ciclo productivo y suelen involucrar a las empresas y las poblaciones del entorno. En el Perú se focalizan en Piura, la Amazonía y el área en torno a Camisea, aunque puede haber otras áreas.

4	Conflictos energéticos	Ocurren en torno a la producción de energía. En ciertos casos, debido a la oposición social a proyectos que buscan construir hidroeléctricas; en otros, por los impactos de las operaciones de ciertas plantas productoras.
5	Conflictos agrarios, forestales, por áreas naturales protegidas y por cultivo de hoja de coca	Se desencadenan alrededor de las actividades agropecuarias y forestales debido a posiciones encontradas en torno a ciertos temas, así como por problemas dentro de áreas naturales protegidas. Pueden enfrentar a distintos sectores sociales a nivel local, a pequeños productores con empresas (agrícolas o forestales), o con el Estado en torno a ciertas demandas.
6	Conflictos por demarcación territorial	Son problemas que surgen en torno a la delimitación de un espacio territorial, siendo frecuentes las disputas entre distritos y provincias, así como entre regiones. En ciertos casos, los conflictos pueden ser intrarregionales, en otros, en cambio, interregionales. Es común que estos tengan como trasfondo el acceso al control y a los beneficios del uso de recursos naturales.
7	Conflictos Hídricos	Se desencadenan en torno al uso y distribución del agua para riesgo y consumo doméstico. Puede ser una disputa entre distintos grupos o pueden ser demandas de la población al Estado.
8	Conflictos laborales	Surgen por desacuerdos entre empleadores y trabajadores en torno a los derechos y las relaciones laborales en el sector privado o público.

Fuente: Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad

Documento: Construyendo el Sistema Nacional de Prevención de Conflictos Sociales

Elaboración: Propia

No obstante, a nivel de gobierno regional y local, persiste una limitada capacidad para gestionar dichos conflictos; así, a diciembre de 2018, sólo 7 regiones (28%) tenían oficinas de gestión de conflictos creadas y en funcionamiento, así como una débil coordinación entre el gobierno central-regional (Defensoría del Pueblo, 2018, pág. 146). Es decir, si bien a nivel central existen avances respecto a la institucionalización del diálogo, al interior del país se mantiene una situación precaria de la institucionalización de la política de prevención de conflictos, ya que tanto los gobiernos regionales como locales prefieren atender otras prioridades sobre todo en el ámbito de la salud, educación, infraestructura, agricultura, entre otros.

Por otro lado, Martínez- Alier en relación a los conflictos ecológicos o ambientales y su diversidad existente, ha identificado que “(...) en algunos conflictos ambientales puede suceder que el conflicto se exprese en una discrepancia de valoración dentro de un único sistema de valoración (habitualmente el monetario), es decir que se discuta (como puede ocurrir en el actual juicio por los pasivos ambientales y sociales de la Texaco en el Ecuador) si los daños ocurridos y los costos de la reparación valen 1500 millones o 6000 millones de dólares. En otros conflictos (como Tambogrande y Kashipur) se manifiesta un pluralismo de valores, existe una disputa sobre el propio sistema de valoración que debe ser empleado. Así sucede cuando se comparan en términos no conmensurables los siguientes valores: la pérdida de biodiversidad, la pérdida de patrimonio cultural, el daño al sustento humano, la pérdida de autonomía o del derecho de autodeterminación local, las violaciones de otros derechos humanos, las ganancias económicas de un proyecto minero, una represa, una camaronera. Hay también un choque de lenguajes de valoración cuando la sacralidad del territorio, la justicia ambiental, los derechos territoriales indígenas o la seguridad ambiental son desplegados contra la valoración monetaria de los riesgos y cargas ambientales” (Martínez- Alier, 2004).

En tal virtud, cuando se analiza los daños generados por un conflicto de naturaleza ambiental, debemos prestar atención a que algunos perjuicios son difíciles de conmensurar, además del choque de paradigmas sobre la

concepción de la tierra, los derechos de las comunidades originarias y la inversión privada relacionada. Además, debe resaltarse que según la DP – léase junto a los gráficos adjuntos –, la mayor cantidad de conflictos registrados son del tipo socioambiental, de los cuales, la actividad donde más se reincide es la minería.

Por otro lado, el Observatorio Social de América Latina ha estudiado el tema respecto el tratamiento que existió en algunos gobiernos y la visión de democracia que se mantuvo, lo cual era contrario a los movimientos sociales y su reclamo. Así, José Seoane y Emilio Taddei refieren que “(...) La “gobernabilidad”, en su formulación hoy hegemónica, se restringe entonces al mantenimiento del juego político dentro de los cada vez más estrechos límites que establece el mercado. Los conflictos sociales y los sujetos colectivos que los vehiculizan son deconstruidos o tildados como desestabilizadores de esta racionalidad. En la medida en que en esta visión la democracia se limita, en el mejor de los casos, a la existencia formal de reglas de juego, cualquier intento de ampliar sus estrechos horizontes es visto como antidemocrático. Esto es lo que corrientemente sucede cuando algunos movimientos sociales cuestionan las políticas económicas neoliberales e intentan ampliar el debate más allá de los límites o de las reglas formales de participación del “capitalismo democrático”. (José Seoane; Emilio Taddei, 2000)

Por ello, el proceso de diálogo entre los actores es de vital importancia para evitar el conflicto, el cual debe ser promovido por el Estado y también por el inversionista. Sobre el particular, Fried Dora señala que “(...) *Cuando las personas pueden sostener diálogos generativos hay lugar para la expresión de sus diversas experiencias y las múltiples circunstancias en que han estado involucradas en el pasado, el presente, o en que podrían estarlo en el futuro, mediante diálogos externos entre personas o internos que incluyen a la persona y sus circunstancias. En estas conversaciones las personas intercambian experiencias, perspectivas y sentimientos, reconstruyen significados que puedan dar sentido a sus vidas y a las relaciones que los sostienen y de las que participan, recuperan sus recursos y encuentran posibilidades*” (Fried, 2010). En tal sentido, se resalta la importancia del proceso de diálogo como un mecanismo para la adecuada gestión de los conflictos sociales, así como un medio de

fortalecimiento del sistema democrático, en el entendido que organismos como el Observatorio Social de América Latina rescatan una visión de exclusión del sistema respecto de los sujetos que participan en estos movimientos sociales, cuando de hecho sostener estos mecanismos de diálogo no sólo funcionan para la gestión del conflicto en sí, sino también como mecanismo de prevención.

Ahora bien, en relación a los conflictos sociales en la actividad minera, diversos autores han señalado que las políticas parciales o fragmentadas no logran generar procesos de desarrollo para las comunidades nativas, por tanto, los beneficios de la inversión no suelen reflejarse en ellas. Así, estos autores sostienen lo siguiente: *“Aun en los casos en los que la minería es percibida positivamente, no da grandes beneficios directos, en términos de empleo o de compras a las comunidades aledañas. Ellos siguen principalmente caminos indirectos, a través de las políticas de responsabilidad empresarial o de la acción distributiva del Estado. Los problemas en el primer caso responden al hecho de que esas políticas suelen ser parciales, dispersas, fragmentadas, y no generan procesos de desarrollo; del otro lado, la ineficiencia del Estado, y los incentivos que tienen las autoridades políticas a privilegiar los centros urbanos antes que las comunidades directamente afectadas por la minería, hace que ellas no perciban sus beneficios”*. (José De Echave, Alejandro Diez, Ludwig Huber, Bruno Revesz, Xavier Lanata y Martín Tanaka, 2009). En efecto, la presencia de la actividad minera, si bien en un primer momento ha generado grandes expectativas económicas, es innegable que en los últimos años ha causado el rechazo de la población. Ante ello, el Estado peruano ha creado algunos mecanismos para redistribuir parte de los ingresos que provienen de la minería a las regiones afectadas, como el canon minero y las regalías. Sin embargo, ninguno ha logrado cumplir del todo con las expectativas de la población, en buena medida debido a las deficiencias en su aplicación.

En ese sentido, Antonio Peña Jumpa ha identificado una relación entre el conflicto social y la implementación de la consulta previa, de este modo, señala que *“(…) Si el conflicto tiene tras de sí la falta de una consulta previa (conforme se encuentra garantizado en la Constitución Política y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) por anormalidad en la normatividad local o sectorial ministerial, hay que repararlo o subsanarlo y, de ser posible, cumplir*

con la consulta previa a pesar de encontrarse operativa la actividad extractiva. Esta reparación o subsanación es la mejor propuesta social para evitar mayores pérdidas o restricciones de ganancias de la empresa extractiva. Incluso es la mejor acción política para evitar otros conflictos similares en el país”. (Peña, 2012). Pese a que la consulta previa se muestra como un mecanismo vigente en el ordenamiento interno, existen otros elementos a considerar en un propósito de hacer viable la inversión extranjera en la actividad minera como *la voluntad plena de los actores* que fortalece el ambiente de legitimidad y transparencia requerido para tal fin.

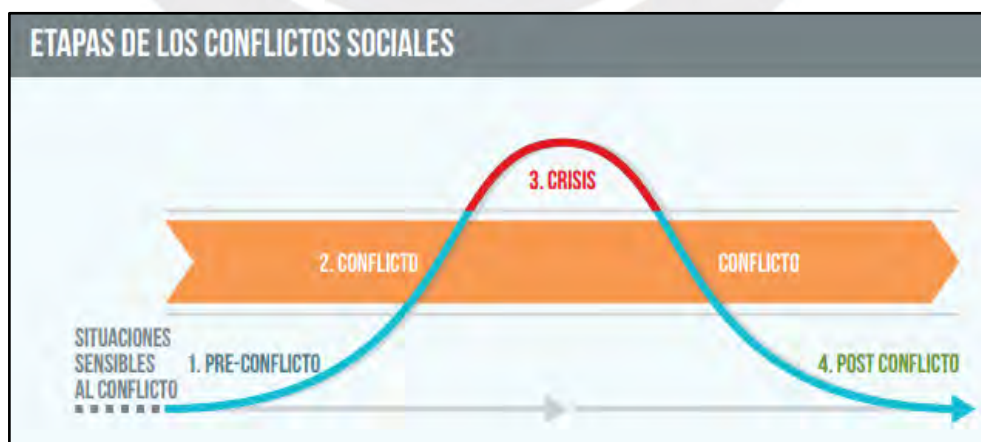
A mayor abundamiento, Miryam Saade refiere que la mayor cantidad de conflictos socioambientales han tenido la raíz de su problema en la implementación de la consulta previa. Al respecto, opina que *“Las principales causas de conflictos en Colombia, México y Perú han estado asociadas a los impactos ambientales, a los problemas territoriales, vinculados en muchos casos a una falta de consulta previa e informada, a la violación de los derechos humanos, a una falta de políticas de RSC y finalmente, a la lucha por obtener mayores beneficios tanto entre las comunidades y la empresa como entre los niveles local y central de los gobiernos. Asimismo, se constató con algunos ejemplos que los gobiernos han ido adaptando en forma reactiva la legislación minera una vez que los conflictos han surgido. Como resultado de los conflictos, los costos económicos, financieros, ambientales y sociales se han acrecentado. Lograr un balance entre los beneficios económicos que genera la actividad minera y al mismo tiempo aminorar, eliminar o evitar estos conflictos se ha convertido en una prioridad para continuar con el desarrollo de los proyectos mineros”*. (Saade, 2013).

Ahora bien, resulta importante también conocer cómo se maneja el conflicto, a sabiendas de que una vez activo puede afectar a todos los actores en diversas magnitudes. Salvador Romero sostiene que se debe manejar como parte de un sistema, con todos los factores que ello incluye: “Hay que tener cuidado cuando estudiamos el conflicto como fenómeno social, pues debemos interpretar este fenómeno profundamente humano, como una manifestación del sistema de interrelación en que vive y se desarrolla la persona humana. Debemos, pues, al administrar un conflicto, estudiarlo como un todo, como un

sistema, teniendo en cuenta que lo que sucede en un área afecta a las otras partes y recíprocamente. Toda la información que nos brinda la Teoría de los Conflictos, particularmente, en lo referente al proceso del conflicto, hay que manejarla o administrarla como parte de un sistema. Así, por ejemplo, variables culturales de determinado tipo, podrían condicionar la conducta de una persona frente al conflicto, como competitivo, con un esquema de solución “ganar-perder”, lo cual podría hacerlo sentirse más cómodo negociando en base a posiciones” (Romero, 2003).

Asimismo, según la Secretaría de Gestión Social y Diálogo (SGSD) de la PCM, el conflicto social es un proceso dinámico en el que dos o más actores sociales perciben que sus intereses se contraponen generalmente por el ejercicio de un derecho fundamental o por el acceso a bienes y servicios, adoptando acciones que pueden constituir un riesgo o una amenaza a la gobernabilidad y/o al orden público. Como proceso social puede escalar hacia escenarios de violencia entre las partes involucradas, ameritando la intervención articulada del Estado, la sociedad civil y los sectores productivos. Los conflictos sociales se atienden cuando las demandas que lo generan se encuentran dentro de las políticas de Gobierno y sus lineamientos (Presidencia del Consejo de Ministros, 2018). Así, como etapas del conflicto, la SGSD nos muestra la siguiente gráfica:

Gráfico N° 05



Fuente: (Presidencia del Consejo de Ministros, 2018)

En los párrafos precedentes, mostramos la tipología de conflictos sociales según la DP, los cuales son: conflictos socioambientales, por asuntos de gobierno local, de gobierno regional, de gobierno nacional, por demarcación territorial, conflictos comunales, conflictos electorales, por cultivo ilegal de coca, conflictos laborales, entre otros. De otro lado, es importante señalar que en los últimos años el Estado peruano ha sumado esfuerzos desde el Poder Ejecutivo a fin de fortalecer su política de prevención de conflictos a través de un marco regulatorio que poco a poco encuentra su articulación a través de un liderazgo intersectorial promovido desde la PCM; no obstante, creemos que los resultados de la institucionalización de este tipo de políticas públicas se podrán apreciar a través del tiempo en la medida que sea el mismo Estado el que garantice su permanencia y sostenibilidad, fortaleciendo también su coordinación intergubernamental, lo que le permitirá conocer de cerca las demandas y necesidades de los ciudadanos cuya expectativa de vida se verá impactada con los proyectos mineros que pudieran, eventualmente, desarrollarse en su territorio.

Asimismo, es conveniente citar el Informe Económico de la Cámara de Comercio de Lima²⁸ que identifica en el Perú 38 megaproyectos con presencia de conflictos sociales con una inversión pendiente de 38, 373 millones de dólares, de los cuales 24 son proyectos mineros con una inversión pendiente de 26,527 millones de dólares. Pues bien, en los últimos años hemos visto la forma como se han gestionado estos conflictos relacionados con megaproyectos como Conga, Tía María, Las Bambas, Toro Mocho, Río Blanco, Cañariaco, Santa Ana, entre otros. Los resultados no han sido precisamente alentadores; sin embargo, como lo hemos afirmado, es través de los procesos permanentes y sostenibles de generación de confianza entre Estado, inversionistas y pobladores que podremos obtener resultados que beneficien a todos los actores involucrados anteponiendo fines y objetivos primordiales que nos permitan construir consensos en el país. El caso del proyecto minero Santa Ana que analizaremos más adelante nos muestra una secuencia de hechos relacionados con la

²⁸ Informe Económico de la Cámara de Comercio de Lima. Octubre 2019. Recuperado el 07 de diciembre de 2019 https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/r899_1/informe_economico.pdf

obligación de debida diligencia pertinentemente invocada en el laudo del caso Bear Creek.

Así pues, presentamos a continuación gráfico que resume el panorama de los conflictos sociales en el Perú y su relación con la inversión paralizada en los megaproyectos del sector minero, hidrocarburos, electricidad y transporte.

Gráfico N° 06

MEGAPROYECTOS CON PRESENCIA DE CONFLICTOS SOCIALES 2019-2024		
Sectores	N° proyectos	Inversión pendiente (US\$)
Minería	24	26.527
Hidrocarburos	4	11.530
Electricidad	9	206
Transporte	1	111
Total	38	38.374

Fuente: Cartera de proyectos de inversión 2019-2024 Elaboración: IEDEP

Fuente: Informe Económico de la Cámara de Comercio de Lima. Octubre 2019.²⁹

Ahora bien, luego de haber analizado lo concerniente a los conflictos sociales y sus tipologías, pasaremos a describir los hechos relevantes del caso Bear Creek, en donde el Tribunal Arbitral hace referencia a la obligación de debida diligencia como elemento del estándar de Protección y Seguridad Plenas en el siguiente acápite.

2.3. El Conflicto social en el Caso Bear Creek

Este caso se originó en el año 2007 con la emisión de un Decreto Supremo que lo declaró de necesidad pública, sin embargo, una serie de huelgas

²⁹ Recuperado el 07 de diciembre de 2019
https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/r899_1/informe_economico.pdf

realizadas en contra de la mina generó que se emitiera un nuevo decreto derogando el anterior. Frente a ello, la empresa presentó una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional para que se dilucide si el Estado había afectado sus derechos al emitir el último Decreto Supremo, en tanto afirmó que había cumplido con entregar el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y las consultas públicas correspondientes. Luego, la empresa presentó una solicitud formal para iniciar un arbitraje en virtud del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Perú. Así, en el año 2017, tras 3 años de arbitraje, finalmente el CIADI falló a favor de la empresa imponiendo al Estado peruano el pago de una indemnización (Semana económica.com, 2017).

Ahora bien, es preciso señalar que el conflicto social acaecido en la región Puno se enmarca en la tipología relacionada con la actividad económica del sector minero, conflicto socio ambiental por extracción de recursos naturales y en un determinado territorio local del país.

En el sentido de lo expuesto, resulta conveniente hacer una descripción de los hechos relevantes del conflicto social ocurrido a partir de la concesión minera otorgada a la compañía Bear Creek, a fin de dar a conocer los aspectos en los que el Estado no actuó conforme a sus obligaciones internacionales para la protección de la inversión extranjera. Asimismo, ello nos permitirá tener un panorama claro para la determinación del marco analítico a partir de la obligación de la debida diligencia del Estado.

El aspecto relevante del conflicto social en el Caso Bear Creek se hace referencia en el laudo del Tribunal Arbitral de Inversiones, es decir, lo concerniente al rol del Estado en todas las fases o etapas del conflicto. A partir de este análisis podemos permitirnos hacer un análisis en relación a la forma en que el Estado viene afrontando la gestión de conflictos sociales en el Perú, desde la planificación estratégica hasta la operativa, así como la importancia de la coordinación intersectorial e intergubernamental, con el monitoreo y evaluación de sus procesos.

Partimos así, por los hechos principales que desencadenaron en el conflicto social en la región de Puno. En el año 2007, mediante Decreto Supremo N° 083-

2007-EM se declaró de necesidad pública otorgar la concesión de la mina de Santa Ana en Puno a la empresa canadiense Bear Creek Mining, entregándole en concesión 7 derechos mineros ubicados en la *zona de frontera con Bolivia*.

Ante tal situación, durante el año 2008, se generó entre la población el debate respecto a los efectos que podría implicar la ejecución de este proyecto, particularmente por el uso del agua y contaminación de las fuentes hídricas de la región. Los fundamentos adquirirían fuerza a partir de la relación con las actividades económico- productivas de la región (agricultura y ganadería) como del impacto en el lago Titicaca y sus principales ríos (como el Callacame o Desaguadero). Así pues, se gesta todo un clima desfavorable en torno al proyecto influenciado también por los efectos negativos que ha producido la actividad minera en otros puntos del país (Cajamarca, Arequipa, Cerro de Pasco, Junín, Apurímac, entre otros). De esta forma, se fue gestando una posición contraria al proyecto enarbolando el respeto de su derecho a la consulta previa conforme a las normas internas como las de carácter internacional. En su pico más alto, durante el año 2011 el conflicto también denominado “El Aymarazo”, concitó una enorme movilización en toda la región Puno. Todo ello como rechazo a las inversiones de la minera canadiense Bear Creek en la mina Santa Ana, ubicada en la frontera con Bolivia.

A continuación, describimos brevemente cómo evolucionó el conflicto:

- La protesta social se inició con un paro de 48 horas *“rechazando la explotación minera, en defensa de los recursos naturales de la región, pidiendo se aplique la Ley de la Consulta Previa y el cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT, respecto a la consulta a los pueblos indígenas y originarios para el uso de las tierras”*.

- En mayo comenzó la huelga indefinida con el cierre del paso fronterizo entre Perú y Bolivia, concentrando a miles de indígenas y comuneros de la zona, frente a una ausencia de soluciones de parte del ejecutivo y reuniones fallidas.

- El 23 de mayo, el gobierno autorizó el ingreso de las fuerzas armadas, reforzando la labor de la policía.

- El 27 de mayo, el ejecutivo anunció un primer acuerdo con las autoridades, sin embargo, esto es rechazado por Walter Aduviri del Comité de

Defensa de los Recursos Naturales de la zona sur de Puno, debido a que el acuerdo implicaba solo una suspensión de 12 meses.

- A fines de mayo se da una tregua en el marco de que se realice el proceso electoral de las elecciones presidenciales de la región, y puedan ejercer su derecho al voto (Somos Sur, 2011).

Las protestas alcanzan un nivel alto para el mes de mayo de 2011, en donde la población solicita la derogación del Decreto Supremo N° 083-2007-EM, que había declarado a dicho proyecto minero de necesidad pública y prioridad nacional, contrariamente a lo establecido por la Constitución peruana que prohíbe que las empresas extranjeras posean concesiones mineras dentro de 50 km de la frontera nacional.

Esto finalmente conllevó a que durante el mismo periodo de gobierno, se emitiera el Decreto Supremo N° 032-2011-EM que derogaba el Decreto antes comentado. Es así que, según informó la Agencia Peruana de Noticias, el ejecutivo anunció su derogatoria y la emisión de una resolución ministerial para la aplicación de la consulta previa de las actividades mineras y petroleras en la región de Puno. Esto, como parte de los acuerdos entre el gobierno y dirigentes aimaras, a fin de que finalice la protesta social que ya tenía más de un mes. Igualmente, se aclaró que los procesos, procedimientos, títulos de concesiones mineras y el otorgamiento de derechos de exploración y/o explotación de hidrocarburos existentes en esta zona del país no autorizan por sí mismos a realizar actividades de exploración ni explotación (Agencia Peruana de Noticias Andina, 2011).

Esta acción fue tomada de forma negativa por la empresa, quien consideró que dicha derogación afectaba sus derechos legítimamente adquiridos en noviembre de 2007, motivo por el cual decide interponer una acción de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y el Ministerio de Defensa (MD), ante el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima (Expediente N° 13303-2011). La empresa solicitaba que no se le aplique el artículo 1° del Decreto Supremo N° 032-2011-EM, por considerarlo violatorio de los principios de seguridad jurídica, de prohibición de la arbitrariedad y de su derecho a la libertad de empresa, así

como que se reconozca su titularidad y ejercicio sobre los derechos mineros adquiridos (Arias, 2018).

Posteriormente, el Poder Judicial declaró fundado el pedido de la empresa en primera instancia mediante sentencia de fecha 12 de mayo de 2014, la cual fue apelada por los procuradores públicos. Posteriormente, Brear Creek desistió de la demanda y anunció que recurriría al TLC entre Perú y Canadá para defender su inversión. Así, en agosto del 2014 demanda al Estado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) bajo los alcances de dicho Tratado. La empresa consideró que se había producido una expropiación indirecta de sus concesiones mineras, además de que el Decreto Supremo N° 032-2011-EM vulneraba el estándar de Nivel Mínimo de Trato contenido en el artículo 803 del TLC (Arias, 2018).

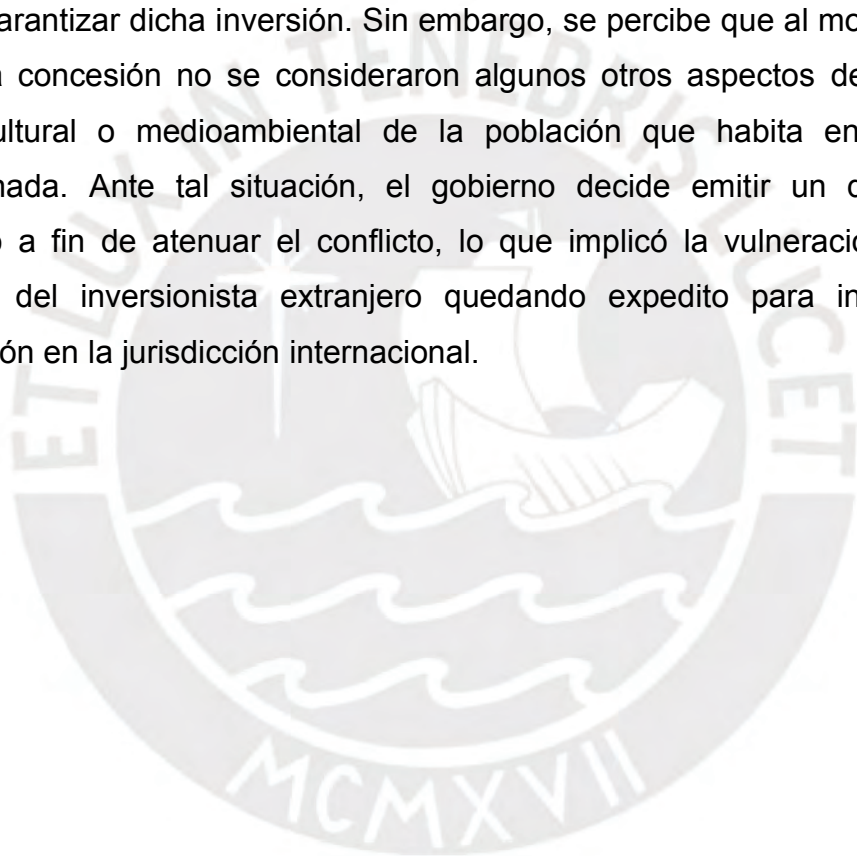
Al respecto, Pinto refiere que la ineficiencia del ejecutivo conllevó a un mal manejo del sistema, en ese sentido señala que *“El Estado y el Gobierno regional fueron incapaces de manejar el conflicto. El primero no puso en práctica el principio de prevención. El segundo estuvo presionado por el Consejo Regional. El Estado enfrentó el problema en el momento más difícil y aceptó la mayoría de las demandas del Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno”*. (Pinto, 2013)

Finalmente, en el año 2017, luego de casi 3 años de arbitraje, el CIADI falló a favor de la Empresa, recuperando de esta manera la concesión de Santa Ana. Asimismo, a fines de ese año, la compañía se comprometió a no avanzar la explotación hasta obtener la licencia social de las comunidades aymaras (Semana económica.com, 2017).

Sin embargo, el 13 de noviembre de 2018, la Empresa manifestó su renuncia a las concesiones mineras que conformaban el proyecto minero, por lo tanto, la titularidad de dichas concesiones pasa a dominio del Estado conforme a la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM). A esto se aúna la promulgación del Decreto Supremo 003-2019-EM, mediante el cual se decreta declarar como Área de No Admisión de Petitorios Mineros al área denominada “ANAP AJARUNI”, de 9,900 hectáreas, ubicada en los distritos de Huacullani y

Kelluyo, provincia de Chucuito del departamento de Puno, por el plazo de cinco (05) años (Derechos humanos y medio ambiente Puno, 2019).

Como se puede apreciar el conflicto social descrito se encuentra dentro de la tipología de conflictos mineros de carácter socioambiental en un determinado territorio local. Así pues, la determinación de la tipología resulta relevante puesto que implica la aplicación no solo de normas de carácter interno sino también del ámbito del derecho internacional, pues como aprecia aquí, el conflicto tiene su origen en la dación de una norma que concede derechos mineros a inversionistas extranjeros, dictando el Estado medidas extraordinarias y urgentes a fin de garantizar dicha inversión. Sin embargo, se percibe que al momento de otorgar la concesión no se consideraron algunos otros aspectos de carácter social, cultural o medioambiental de la población que habita en la zona concesionada. Ante tal situación, el gobierno decide emitir un dispositivo normativo a fin de atenuar el conflicto, lo que implicó la vulneración de los derechos del inversionista extranjero quedando expedito para iniciar una reclamación en la jurisdicción internacional.



CAPÍTULO III

APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS PARA LA PREVENCIÓN DE CONFLICTOS

El Tribunal Arbitral del CIADI se pronuncia en el laudo que resuelve el caso Bear Creek respecto a la debida diligencia que deberá interpretarse como la obligación que tiene el Estado de brindar protección y seguridades plenas al inversionista en cumplimiento, a su vez, del estándar de NMT. A partir del análisis del caso vamos a apreciar la interpretación que hace el Tribunal Arbitral respecto a la debida diligencia en el conflicto social a causa del proyecto minero.

El principal aporte que se aprecia en el laudo del caso Bear Creek radica en la interpretación que hace el Tribunal Arbitral de la debida diligencia como elemento del estándar de PSP. Esta interpretación deberá ser analizada en el contexto fáctico en el que se desarrolla el conflicto social en la región de Puno, al sur del Perú.

Luego de analizar la interpretación del laudo del Tribunal Arbitral del CIADI en cuanto a la debida diligencia como elemento del estándar de PSP, resulta relevante analizar la aplicación de la tipología vista en el capítulo anterior de los conflictos sociales en el Perú, a fin de construir los argumentos sobre cómo se debe interpretar esta debida diligencia en caso de conflictos sociales causados por proyectos mineros.

A mayor abundamiento, Tatiana Gos precisa, respecto la diversidad de legislaciones en referencia a la protección de los daños sociales o ambientales que *“(...) las legislaciones hacen referencia de manera genérica a la protección de “daños sociales o ambientales,” pero no especifican cuáles son las medidas que las empresas deberían adoptar para alcanzar dichos fines u objetivos, tales como la garantía del derecho a la consulta previa y consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas, divulgación sobre los impactos ambientales y medidas paliativas, información sobre los acuerdos de seguridad celebrados con las fuerzas públicas o empresas privadas, instancias de consulta efectiva con las comunidades afectadas por el proyecto, monitoreo de proveedores, entre otros. La obligación de debida diligencia podría incluirse a través de legislación*

complementaria o bien mediante normas administrativas que reglamenten, aclaren o precisen el alcance y forma de cumplimiento de las obligaciones existentes en términos de protección de daños sociales y/o ambientales” (GOS, 2016).

Por ello, el tribunal en el caso Bear Creek, aborda diversos aspectos como el NMT y la PSP en relación a la debida diligencia. Para ello, en el párrafo 536 del laudo señala lo siguiente: *“PSP requiere que la Demandada tome todos los recaudos que sean necesarios para proteger y garantizar la seguridad jurídica y física de las inversiones realizadas por inversionistas protegidos en su territorio”*. Así, el tribunal señala que PSP impone al Gobierno una obligación de vigilancia y debida diligencia, no siendo necesario demostrar malicia o negligencia para establecer una violación a dicho estándar.

Finalmente, otro elemento que se aprecia en el laudo es el planteamiento de la demandada respecto a la extensión del estándar de PSP más allá del aspecto físico, aunque su fundamento es rechazado, se cuestiona la posibilidad de incluir reclamaciones respecto la seguridad jurídica. Al respecto, en el párrafo 542 de dicho laudo se señala lo siguiente: *“(…) No está para nada claro que un estándar de PSP independiente abarque reclamaciones de “seguridad jurídica” de la Demandante contra cambios gubernamentales en la aplicación de la ley, aunque la Demandante pudiera importar uno. Si bien algunos tribunales han considerado dicha expansión del estándar de PSP, muchos—incluso el de Gold Reserve y Suez c. Argentina—rechazaron esa innovación y concluyeron que la PSP está relacionada con el daño físico. La Demandante no alegó que la Demandada no hubiera protegido la integridad física de sus activos peruanos y, por lo tanto, se debe desestimar su reclamación de PSP”*

3.1. La Debida Diligencia como Obligación del Estado para prevenir y solucionar conflictos en Proyectos Mineros

El aporte principal del fallo del CIADI en el caso Bear Creek es la delimitación que hace de la debida diligencia como obligación del Estado para prevenir y solucionar conflictos en proyectos mineros. La interpretación de esta obligación en el laudo materia de análisis nos permite analizar un elemento de

un estándar consagrado en los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú, en consecuencia, de cumplimiento obligatorio. Partiendo de ahí, podemos reforzar la tesis que el Estado tiene la obligación de prevenir y solucionar conflictos sociales como parte de sus obligaciones internacionales.

En relación al principio de prevención, es importante resaltar la postura de Drnas de Clément quien señala que "(...) este principio está asentado en la idea de "diligencia debida" de los sujetos de Derecho internacional, es decir, en la obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos. Esta obligación está constituida por el conjunto de "estándares mínimos" de comportamiento de diligencia exigibles internacionalmente (diligencia suficiente). Esta diligencia, es el mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales (...)" (Clément, Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el sistema interamericano, 2001).

En ese sentido, debemos entender que el Estado, en función a la debida diligencia, debió ejercer las previsiones necesarias para evitar el conflicto; sin embargo, contrario a ello, se evidenció una diligencia limitada en el actuar del ejecutivo, de la mano con la derogación del Decreto Supremo N° 083-2007-EM que declaraba de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras para que la empresa Bear Creek adquiriera las concesiones mineras.

De igual manera, la referida autora sobre la prevención ha señalado lo siguiente: "(...) *Tanto en el principio de prevención como en el de precaución la labor internacional está encausada a fortalecer e impulsar las acciones nacionales, ya que, en la gran mayoría de las situaciones, esos principios -de repercusión internacional- se aplican a través del derecho interno de los Estados*". (Ibídem, pág. 12). Por ello, resulta conveniente reflexionar sobre el rol que juega el fortalecimiento de las instituciones estatales frente a la consolidación de estos principios de carácter internacional. Creemos así, que dicha consolidación solo es posible en un Estado con instituciones sólidas, entidades efectivas y servidores públicos solventes que nos puedan garantizar

la sostenibilidad de las políticas públicas estatales trascendiendo a los cortos periodos de gobierno.

Asimismo, hay que señalar el papel de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia sobre el particular, frente al cual Diez Velasco señala que *“(...) Hay que precisar que en la jurisprudencia de la Corte Internacional dio un paso importante al determinar, en el caso Barcelona Traction que debía distinguirse entre «las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados”* (Diez de Velasco, 1994).

Por otro lado, resulta relevante precisar cuál es el estado de la responsabilidad ambiental y el papel que juegan los instrumentos internacionales sobre el particular. Así, Daniel Russi y Roldan Muradian opinan que *“(...) La legislación internacional sobre responsabilidad ambiental se encuentra hoy en día en un estado embrionario. La mayoría de los acuerdos internacionales en este tema no están en vigor todavía y constituyen, en la mayoría de los casos, meras declaraciones de intenciones, más que un conjunto de normas efectivamente vinculantes. La resistencia, por parte de poderosos lobbies industriales, a la implementación de una forma de gobernanza global de la responsabilidad ambiental es crucial para explicar el fracaso y la modestia de ciertos acuerdos. Establecer acuerdos internacionales sobre responsabilidad ambiental circunscritos a actividades específicas, como se ha hecho hasta el momento, quizás no es el procedimiento más adecuado, puesto que cubrir, a través de múltiples tratados, todos los ámbitos donde se necesita regular la responsabilidad ambiental implicarían considerables costes de transacción”* (Daniel Russi, Roldan Muradian, 2002).

En tal virtud, resulta relevante poner en debate la inclusión de mecanismos extrajudiciales para evitar que el conflicto avance, esto como parte de una política de diálogo que permita un manejo adecuado del conflicto. Sobre el particular, Martín y Bautista señalan lo siguiente: *“Los Estados deberían estudiar, entonces la posibilidad de poner a disposición de las partes en conflicto*

mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces, como parte de un sistema público integral de solución de los CpA que complemente los mecanismos judiciales, aun cuando no pueda sustituirlos. La posibilidad de utilizar instancias más informales y dinámicas de tratamiento de los reclamos que cumplan estándares de legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, transparencia y compatibilidad, puede constituir un gran paso en la reducción de la conflictividad”. (CEPAL: Liber Martín, Juan Bautista, 2015). Sin embargo, es importante procurar que los mecanismos administrativos no se transformen en meros ritualismos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la excesiva burocracia queda demostrada en la práctica, por la falta de independencia necesaria, porque falten medios para ejecutar las decisiones o por retardos excesivos en el tratamiento y solución de los asuntos. La implementación de tribunales administrativos especializados sólo resulta eficaz cuando se los dota de autonomía, recursos, estabilidad, relativa independencia y profesionalismo. De otra forma, más que una ventaja, terminan siendo una carga u obstáculo adicional para el usuario en el camino hacia la revisión judicial de la decisión.

Es así que, como consecuencia del aumento de conflictos en la actividad minera, se buscaron desarrollar e implementar distintas políticas para su correcto manejo, sin embargo, existen factores que han impedido su progreso lo que no quita la necesidad de que se mitiguen los daños y al mismo tiempo se proteja la inversión privada. Así, Damonte sobre la política minera y el conflicto minero sostiene que “La alta conflictividad y en particular los conflictos emblemáticos han logrado impactar en la política del Estado. Es a partir de estos conflictos que la política minera ha buscado crear nuevos instrumentos y fortalecer ciertos mecanismos de regulación pública ambiental y social en particular en lo referente a formas de consulta y participación. Sin embargo, estos avances no han significado un giro en el modelo, puesto que la lógica que los impulsa no es la de establecer una necesaria presencia y autoridad pública, sino la imperiosa necesidad de buscar mecanismos de mitigación de los conflictos que amenazan con detener los flujos de inversión extranjera que sustenta el modelo económico”.

(Damonte, 2016)

Del mismo modo, en relación a las políticas mineras para el desarrollo, hay diversos elementos como la corrupción de funcionarios, el tratamiento de las

utilidades mineras, el nivel de diálogo y participación de los gobiernos regionales como las comunidades locales que juegan un papel importante. Sobre tal punto, Pedro Francke señala que “(...) el Estado debe tener una política de transparencia y de diálogo incluyente en relación con la minería. La corrupción debe ser sancionada y deben establecerse mecanismos especiales para asegurar que las empresas mineras no influyeran indebidamente a los mandos policiales, fiscales, jueces o funcionarios. La información de las utilidades, los impuestos pagados y demás condiciones de operación de la minería deben estar disponibles al público, como lo establece la iniciativa internacional EITI. Debe darse paso a los estudios de conciliación y auditoría contable propuestos en el marco de esta iniciativa EITI, pero que la mitad de las empresas mineras no ha aceptado. La entrega de concesiones, permisos de exploración y explotación, condiciones de trabajo y de tributación, deben ser materia de diálogo del Gobierno con pueblos indígenas, gobiernos regionales y locales, trabajadores y partidos políticos” (Francke, 2009).

3.2. La interpretación de los Tribunales Arbitrales del CIADI sobre la Obligación de Devida Diligencia para el cumplimiento de los Tratados Internacionales de Inversión.

Con el propósito de responder cómo se debe interpretar la debida diligencia del estándar de Protección y Seguridad Plenas del Estado para la adecuada prevención y solución de conflictos sociales por causa de proyectos mineros, resulta relevante hacer una revisión de la interpretación que le ha dado el Tribunal Arbitral del CIADI en el marco del cumplimiento de los Tratados Internacionales de Inversión. Asimismo, resulta sumamente pertinente hacer una revisión de la evolución que ha adquirido el acotado estándar así como la obligación de debida diligencia en la interpretación del Tribunal Arbitral del CIADI, ya que ello nos va a permitir tener en consideración las características que definen a esta obligación y su rol en la prevención y solución de conflictos sociales en los proyectos mineros en el Perú.

Por ejemplo, en relación al tratamiento del estándar de PSP, debemos destacar que por mucho tiempo se entendió que el alcance de su protección sólo era a nivel físico, sin embargo, como desarrollamos en el primer capítulo, este

criterio se fue extendiendo más allá de lo meramente físico. De este modo, si bien la interpretación tradicional del estándar de PSP es que se extiende sólo al ámbito físico, esta no es la única³⁰.

Por otro lado, también resaltamos la opinión del tribunal en el caso *Lauder v. Czech Republic* al señalar que el ejercicio de la debida diligencia para la protección de la inversión se debe realizar bajo circunstancias razonables, por lo cual, bien podría incluir aspecto no solamente físico, sino también del sistema judicial o político en general³¹.

El cuadro que se presenta a continuación resume el desarrollo que ha tenido la interpretación de los Tribunales Arbitrales del CIADI sobre el estándar PSP. En la primera columna se describe el caso concreto; en la segunda se señala el elemento del estándar relacionado; en la tercera columna se cita el párrafo específico del laudo invocado por el Tribunal Arbitral; mientras que en la última columna se señala la forma como se ha ido desarrollando la interpretación del estándar PSP.

Cuadro N° 06: Desarrollo de los Elementos del Estándar de Protección y Seguridad Plenas

DESARROLLO DE LOS ELEMENTOS DEL PSP			
CASO	ELEMENTO	PÁRRAFO	DESARROLLO
Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomunikayson Hizmetleri AS v. Kazakhstan, Laudo,	Prevención y razonabilidad	Párrafo 659: “(...) <i>that is, the clause requires that the host country should exercise reasonable care</i> ”	Se vulnera cuando el Estado no ejerce razonablemente las acciones para la protección de la inversión en contra de daños que

³⁰ Esto conforme el caso de *BG Group v. Argentina*, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 24 de diciembre del 2008, que en el párrafo 324 señaló lo siguiente: “*The Tribunal observes that notions of “protection and constant security” or “full protection and security” in international law have traditionally been associated with situations where the physical security of the investor or its investment is compromised*” (*BG Group v. Argentine República*, 2008).

³¹ Ello según el caso de *Lauder v. Czech Republic*, Final Award, Ad hoc- UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205 (2001), 3 September 2001, que en su párrafo arriba a la siguiente conclusión: “(...) *The Arbitral Tribunal is of the opinion that the Treaty obliges the Parties to exercise such due diligence in the protection of foreign investment as reasonable under the circumstances. However, the Treaty does not oblige the Parties to protect foreign investment against any possible loss of value caused by persons whose acts could not be attributed to the State. Such protection would indeed amount to strict liability, which can not be imposed to a State absent any specific provision in the Treaty (Dolzer and Stevens, Bilateral Investment Treaties, p. 61)*” (*Lauder v. Czech Republic*, Final Award, 2001)

Caso N° ARB/05/16; IIC 344 del 21/07/2008		to protect investment against injury by private parties”.	podrían ocasionar terceros.
Jan de Nul NV y Dredging International NV v. Egypt, laudo, Caso N° ARB/04/13; IIC 356 del 24/10/2008		Párrafo N° 663: “(...) the key criterion is that the State knows of the unlawful act and takes no action to prevent or remedy it, according to the case”.	El criterio central es si el Estado aun conociendo no llevó a cabo ninguna acción para prevenir o remediar el daño a la inversión
Wena Hotels Limited vs Egypt, laudo, Caso N° ARB/98/4, IIC 273 del 8/12/2000		Párrafo 269: “The notion of continuous protection and security is to be distinguished here from the fair and equitable standard since they are placed in two different provisions of the BIT, even if the two guarantees can overlap. As put forward by the Claimants, this concept relates to the exercise of due diligence by the State”	Un elemento a rescatar en el análisis es verificar que el Estado actuó ejerciendo su debida diligencia. Además, si bien distingue PSP del TJE, precisa que la debida diligencia es transversal a ambos.
Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, laudo, Caso N° ARB/06/11, IIC 202 del 05/10/ 2012	Proporcionalidad	Párrafo N° 84: “(...) Moreover, once the seizures occurred, both the police and the Ministry of Tourism took no immediate action to restore the hotels promptly to Wena's control. Finally, Egypt never imposed substantial sanctions on EHC or its senior officials, suggesting Egypt's approval of EHC's actions”.	Se vulnera el elemento detallado cuando el Estado no toma las medidas que razonablemente estén a su alcance para prevenir el daño. Según el caso concreto, se trata de la inacción del gobierno para restaurar el control en el Wena Hotel.
		Párrafo N° 404: “(...) En el caso que nos ocupa, el Tratado dispone, en su Artículo II.3(a), que se le	Se establece un vínculo con el TJE, al mismo tiempo, precisa que la interpretación otorgada incluye una obligación de proporcionalidad en el

	<p>concederá a las inversiones un trato justo y equitativo, que gozarán de protección y seguridad plenas y que en ningún caso se les concederá un trato menos favorable al establecido por el derecho internacional. <u>En numerosas ocasiones, se ha interpretado que el deber de otorgar un trato justo y equitativo incluye una obligación de proporcionalidad.</u> Los casos citados por las Demandantes incluyen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • MTD Equity SDN.BHD. y otro c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7 (25 de mayo de 2004); • LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1 (3 de octubre de 2006); • Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 (29 de mayo de 2003); y • Azurix Corp. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12 (14 de julio de 2006)". 	<p>estudio del estándar de PSP. Finalmente, es importante resaltar que dicho análisis es reiterado en diversos pronunciamientos.</p>
	<p>Párrafo N° 407: "(...) El Tribunal en el párrafo 149 del Caso Tecmed,</p>	<p>Mantiene lo detallado en relación a la obligación de proporcionalidad, para aproximarse al estudio del</p>

		<p>sostuvo lo siguiente <i>[S]ería excesivamente formalista, a la luz de las consideraciones precedentes, del [TBI], y del derecho internacional, cuando tales infracciones no hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana, entender que la Resolución guarda proporcionalidad con tales infracciones, la consiguiente neutralización del valor económico y comercial de dicha inversión, y las expectativas de recuperación y retorno de la Demandante al realizarla (...)</i>”.</p>
--	--	--

Fuente: <https://www.italaw.com/>

Elaboración: Propia

Seguidamente, se presenta un cuadro resumen en el presentamos el desarrollo de las acciones que a mérito de la interpretación de los Tribunales Arbitrales han significado vulneración del estándar de PSP. Así, en la primera columna se describe el caso presentado; en la segunda columna se precisa el párrafo materia de análisis; mientras que en la tercera columna se hace alusión al desarrollo de las acciones que a criterio de los Tribunales Arbitrales han significado vulneración del estándar PSP.

Cuadro N° 07: Casos Identificados con Acciones que vulneran el Estándar de Protección y Seguridad Plenas

Casos Identificados con acciones que vulneran PSP		
CASO	PÁRRAFO	DESARROLLO
<p>Wena Hotels Limited vs Egypt, laudo, Caso N° ARB/98/4, IIC 273 (2000) del 8/12/2000.</p>	<p>Párrafo N° 84 y 88: <i>“(…) Moreover, once the seizures occurred, both the police and the Ministry of Tourism took no immediate action to restore the hotels promptly to Wena's control. Finally, Egypt never imposed substantial sanctions on EHC or its senior officials, suggesting Egypt's approval of EHC's actions</i></p> <p><i>88. Despite all these warnings, Egypt took no action to protect Wena's investment. Minister Sultan sought to defend Egypt's failure to prevent the seizure by explaining he was not aware that EHC planned to illegally seize the hotels, 208 and that “[i]f I had the slightest idea about that incident, I would have immediately stopped it. Even if the Tribunal were to accept this explanation for Egypt's failure to act before the seizures, it does not justify the fact that neither the police nor the Ministry of Tourism took any immediate action to protect Wena's investments after EHC had illegally seized the hotels”.</i></p>	<p>Se vulnera el estándar de PSP cuando el Estado no toma las medidas que razonablemente estén a su alcance para prevenir el daño. Según el caso concreto, se trata de la inacción del gobierno para restaurar el control en el Wena Hotel, incluso, cuando ya tenía conocimiento sobre el particular el Ministro de Turismo no tomó acciones inmediatas para prevenir los sucesos acaecidos.</p>
<p>Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. México, Laudo, ICSID Case N° ARB (AF)/00/2, IIC247 (2003) 29 de mayo de 2003.</p>	<p>Párrafo N° 177: <i>“(…) El Tribunal Arbitral concuerda con la Demandada y con los precedentes que ésta cita, que la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva. De todas formas, tampoco observa el Tribunal Arbitral que se haya aportado prueba convincente en apoyo del argumento que las autoridades mexicanas, ya sea municipales, estatales o federales, no habrían reaccionado razonablemente, conforme a los parámetros propios de un estado democrático, a los movimientos de acción directa protagonizados por los adversarios al Confinamiento. Esta conclusión se extiende al sistema judicial, tanto cuando se trató de adoptar medidas en relación con las manifestaciones de oposición social,</i></p>	<p>Se concluye que se vulneró el estándar de PSP ya que las autoridades del gobierno mexicano no habrían actuado razonablemente para evitar o prevenir el daño ocasionado a las inversiones. Del mismo modo, extiende tal análisis a la ausencia de medidas administrativas y judiciales para la cesación de la oposición social, así como el retiro del permiso del uso del suelo.</p>

	<p><i>o de disponer la cesación de medidas administrativas juzgadas incompatibles con el régimen legal aplicable al Confinamiento, tales como el retiro por las autoridades municipales de Hermosillo del permiso de uso del suelo del Confinamiento”.</i></p>	
<p>Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, laudo, Caso N° ARB/06/11, IIC 202 del 05/10/ 2012</p>	<p>Párrafo N° 407: “(...) El tribunal en el caso Tecmed concluyó que el organismo regulador responsable estuvo influenciado y/o motivado predominantemente por factores sociopolíticos que iban más allá de las violaciones de la licencia (vinculadas al almacenamiento de tipos de residuos no autorizados o al almacenamiento de residuos en exceso) que habían sido alegadas en contra de Tecmed. El tribunal sostuvo que la manera en que se operaba el confinamiento nunca puso en riesgo el equilibrio ecológico, la protección del medio ambiente o la salud de la población local (como alegaban ciertos grupos de presión) y que todas las infracciones cometidas eran remediadas, habían sido remediadas o bien estaban sujetas a sanciones menores. Si bien tanto la licencia como las normas aplicables permitían, prima facie, que las autoridades se rehusaran a renovar la licencia ante violaciones de esa índole, el tribunal sostuvo lo siguiente (en el párrafo 149):</p> <p><i>[S]ería excesivamente formalista, a la luz de las consideraciones precedentes, del [TBI], y del derecho internacional, cuando tales infracciones no hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana, entender que la Resolución guarda proporcionalidad con tales infracciones, la consiguiente neutralización del valor económico y comercial de dicha inversión, y las expectativas de recuperación y retorno de la Demandante al realizarla (...).”</i></p>	<p>Se resuelve la vulneración al estándar debido a que el organismo regulador actúa bajo factores sociopolíticos y no estrictamente legales, por lo tanto, las infracciones que se impusieron respecto la vulneración del equilibrio ecológico no eran proporcionales, en tanto nunca se puso en riesgo la protección del medio ambiente o la salud de la población local, al mismo tiempo, eran infracciones subsanables o sanciones menores.</p> <p>En ese sentido, concluye que sería un exceso de formalismo el retiro del uso del suelo, por tanto, no se cumple el criterio de proporcionalidad y se vulnera el estándar comentado.</p>
<p>Azurix Corp. v. Argentina, Laudo, Caso CIADI N° ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 julio de 2006.</p>	<p>Párrafo N° 408: “(...) El Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas. Los casos arriba referidos muestran que</p>	<p>Se aproxima a la idea de que el estándar de PSP no abarca sólo el aspecto físico. En ese sentido, establece la importancia de la</p>

	<p>se entendió que el concepto de protección y seguridad plenas iba más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro. El Tribunal tiene presente que en recientes acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos, por ejemplo con Uruguay, el concepto de protección y seguridad plenas se entiende que está limitado al nivel de la protección policial que se requiere conforme al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física. En conclusión, el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI”</p>	<p>estabilidad legal – seguridad jurídica – que se otorga al inversor, concluyendo que el Estado no otorgó PSP, resaltando la característica de “plenas”, a fin de justificar la inclusión del aspecto no físico.</p>
<p>Siemens AG v. Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case N° ARB/02/8, IIC 227 (2007) 6 February 2007.</p>	<p>Párrafo N° 302 al 304, y 308: “(...) 302. <i>The Tribunal first notes that, although the parties have argued the application of this standard as a single standard, the Treaty provides for the fair and equitable treatment and full protection and security under two different Articles. The parties do not seem to have found this separation to be significant and the Tribunal will not dwell further on this point. The Tribunal also notes that Argentina in its arguments did not address the fact that security was qualified by “legal” in this instance.</i></p> <p>303. <i>As a general matter and based on the definition of investment, which includes tangible and intangible assets, the Tribunal considers that the obligation to provide full protection and security is wider than “physical” protection and security. It is difficult to understand how the physical security of an intangible asset would be achieved. In the instant case, “security” is qualified by “legal”. In its ordinary meaning “legal security” has</i></p>	<p>Se continúa abordando la idea de que el estándar de PSP abarca no sólo lo físico, a fin de determinar si las acciones regulatorias o administrativas del gobierno implican una vulneración al estándar comentado.</p> <p>De este modo, consideró que las acciones del gobierno argentino respecto a la renegociación del contrato con el propósito de reducir costos vulneraron el referido estándar, además de resaltar la crítica contra el Decreto 669/01.</p>

	<p>been defined as “the quality of the legal system which implies certainty in its norms and, consequently, their foreseeable application.”¹¹⁴ It is clear that in the context of this meaning the Treaty refers to security that it is not physical. In fact, one may question given the qualification of the term “security”, whether the Treaty covers physical security at all. Arguably, it could be considered to be included under “full protection”, but that is not an issue in these proceedings.</p> <p>304. Based on this understanding of fair and equitable treatment and full protection and legal security, the Tribunal will now consider whether the actions of Argentina, identified by the Tribunal as actions taken by Argentina acting as a State, constitute a breach of this obligation.</p> <p>308. To conclude, the Tribunal finds that the initiation of the renegotiation of the Contract for the sole purpose of reducing its costs, unsupported by any declaration of public interest, affected the legal security of Siemens’ investment. The Tribunal also finds that when a government awards a contract, which includes among its critical provisions an undertaking of that government to conclude agreements with its provinces, the same government cannot argue that the structure of the State does not permit it to fulfill such undertaking. This runs counter to the principle of good faith underlying fair and equitable treatment. The arguments made to justify delay in paying compensation without basis in the Contract or Decree 669/01 and the denial of access to the administrative file for purposes of filing the appeal against Decree 669/01 show lack of transparency of Argentina in respect of the investment, particularly when Argentina itself has manifested in these proceedings that at no time had it affirmed that the Contract was rescinded due to the Contractor’s fault”.</p>	
<p>American Manufacturing & Trading Inc v. Zaire, Award Opinion, ICDID Case N°ARB/93/1, IIC 14 (1997)</p>	<p>Párrafo N° 6.05 y 6.06: “(...) The obligation such as cited above contracted by the Republic of Zaire and the United States of America constitutes an obligation of guarantee</p>	<p>En el caso se precisa que no se puede invocar legislación interna para vulnerar el estándar de PSP,</p>

	<p><i>for the protection and security of the investments made by nationals and companies of one or the other Party, in the case before us, by American nationals or companies, AMT, in the territory of Zaire, at Kinshasa. The obligation incumbent upon Zaire is an obligation of vigilance, in the sense that Zaire as the receiving State of investments made by AMT, an American company, shall take all measures necessary to ensure the full enjoyment of protection and security of its investment and should not be permitted to invoke its own legislation to detract from any such obligation”.</i></p> <p><i>6.06. These treatments of protection and security of investment required by the provisions of the BIT of which AMT is beneficiary must be in conformity with its applicable national laws and must not be any less than those recognized by international law. For the Tribunal, this last requirement is fundamental for the determination of the responsibility of Zaire. It is thus an objective obligation which must not be inferior to the minimum standard of vigilance and of care required by international law”.</i></p>	<p>además, señala que tiene un deber de vigilancia que se traduce en la obligación de debida diligencia.</p> <p>Al respecto, el Tribunal advirtió que en el territorio de Zaire no se respetó tal estándar afectando a las compañías americanas AMT.</p>
<p>Eureko BV v. Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 98 (2005) 19 August 2005.</p>	<p>Párrafo N° 236 y 237: “(...) <i>The Tribunal is not convinced that the harassment by Polish authorities of senior representatives of Eureko’s management breached the standard of full security and protection of the Treaty. Certain of the acts of harassment described by Mr. de Costa in his testimony are disturbing and appear to come close to the line of Treaty breach.</i></p> <p><i>237. However, in any event, there is no clear evidence before the Tribunal that the RoP was the author or instigator of the actions in question. If such actions were to be repeated and sustained, it may be that the responsibility of the Government of Poland would be incurred by a failure to prevent them”.</i></p>	<p>Se cuestiona si las autoridades vulneraron el estándar de PSP por los disturbios ocurridos, sin embargo, no existió pruebas suficientes que evidencien la responsabilidad del gobierno polaco en su deber de prevención.</p>
<p>National Grid P.L.C., v. Argentine Republic UNCITRAL Arbitration, Award, November 3, 2008.</p>	<p>Párrafo N° 189: “(...) <i>The Tribunal concludes that the phrase “protection and constant security” as related to the subject matter of the Treaty does not carry with it the implication that this protection is inherently limited to</i></p>	<p>En el párrafo 188 se precisa la relación del estándar con obligación de debida diligencia, resaltando que la protección debe</p>

	<p><i>protection and security of physical assets. This conclusion is reinforced by the inclusion of this commitment in the same article of the Treaty as the language on fair and equitable treatment. In applying this standard of protection to the facts of the instant case, the Tribunal finds that the changes introduced in the Regulatory Framework by the Measures, which effectively dismantled it, and the uncertainty reigning during the two years preceding the sale of its shares in Transener, with respect to any possible compensation on account of the impact of the Measures on Claimant's investment, are contrary to the protection and constant security which the Respondent agreed to provide for investments under the Treaty".</i></p>	<p>ser constante y no sólo durante los disturbios sociales. Del mismo modo, se señala su relación con el TJE.</p> <p>En tal virtud, se arriba a la conclusión de que los cambios introducidos en el marco regulatorio respetaron la compensación otorgada a los inversionistas.</p>
<p>BG Group v. Argentine Republic UNCITRAL Arbitration, Final Award, 24 December 2008</p>	<p>Párrafo N° 324 y 327: <i>"(...) The Tribunal observes that notions of "protection and constant security" or "full protection and security" in international law have traditionally been associated with situations where the physical security of the investor or its investment is compromised. Indeed, the authorities relied upon by BG confirm this:</i></p> <p><i>a) in AAPL the Tribunal had to determine under the Sri Lanka- U.K. BIT whether the physical destruction of property of AAPL and the killing of a farm manager and permanent staff members were in violation of the provision of protection and security under Article 2.2 of the Sri Lanka- U.K. BIT; b) in AMT the tribunal found that under the U.S.- Zaire BIT, Zaire had violated the protection and security standard required by the treaty in relation to lootings carried out against AMT's investment.</i></p> <p><i>327. Considering the facts of this dispute and Parties submissions, the Tribunal notes that BG has not alleged physical violence or damage in the implementation of the measures adopted by Argentina, nor does the Tribunal see that such violence or damage has in fact occurred."</i></p>	<p>En relación al análisis del estándar de PSP, se centra en el estudio de situaciones físicas.</p> <p>Así, rescató la destrucción de la propiedad de los inversionistas en Sri Lanka y Zaire como precedentes. En base ello, en tanto no fue alegada violencia física en las medidas implementadas por el gobierno, no se puede concluir si tal violencia ocurrió.</p>

Fuente: <https://www.italaw.com/>

Elaboración: Propia

De otro lado, la importancia del ejercicio de la debida diligencia es central en la interpretación que otorga el CIADI, lo que a su vez, se realiza con la finalidad de comprender el alcance del estándar de PSP. Por lo tanto, dicho estándar no resulta suficiente, pero es requisito para examinar el ejercicio de la debida diligencia del Estado³².

3.3. Los Aportes del Caso Bear Creek

En este punto resulta pertinente citar los párrafos del laudo que hacen alusión a la debida diligencia como elemento del estándar de Protección y Seguridad Plenas, así como a la forma en que el Tribunal analiza el conflicto social acontecido en la región Puno.

En ese sentido, conviene analizar estos aspectos relevantes que se establecen en el laudo donde se hace un análisis bastante amplio respecto a la expropiación directa o indirecta de la inversión, la justificación de la derogación del D.S. 083 frente al conflicto social, la eventual expropiación directa del D.S. 032 y su relación con un ejercicio válido de los poderes de policía. Asimismo, se analiza si el Estado peruano otorgó un Trato Justo y Equitativo a la demandante conforme a lo exigido por el TLC Perú- Canadá, el alcance de protección ofrecido por el NMT; también se analiza si el Estado peruano otorgó protección y seguridad plenas a Bear Creek.

Así pues, en el párrafo 535³³ de dicho laudo respecto a la relación entre el trato de Nación más Favorecida y el estándar de Protección y Seguridad Plenas, se señala de manera expresa:

“La Cláusula de NMF, contenida en el Artículo 804 del TLC, le permite a la Demandante beneficiarse de otros niveles de trato sustanciales que la Demandada ofrezca a otros inversionistas

³² Tal afirmación se sustenta en el párrafo 164 del Noble Ventures Inc v. Romania, Award, ICSID Case N° ARB/01/11. IIC 179 (2005) 12 October 2005, se precisa lo siguiente: “(...) *that it seems doubtful whether that provision can be understood as being wider in scope than the general duty to provide for protection and security of foreign nationals found in the customary international law of aliens. **The latter is not a strict standard, but one requiring due diligence to be exercised by the State***” (Noble Ventures Inc v. Romania, Award, 2005).

³³ CIADI, Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú (Caso CIADI No. ARB/14/21), Laudo (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017).

en virtud de otros tratados internacionales de los que sea parte. La Demandada firmó, al menos, siete TBI en los cuales promete brindar a los inversionistas y a las inversiones cubiertas protección y seguridad plenas (“PSP”) - el nivel de trato independiente que no está vinculado al NMT del derecho internacional consuetudinario. Mediante el Artículo 804 del TLC, la Demandante tiene derecho al estándar de PSP establecido en el Artículo 2(2) del TBI Perú-Reino Unido: “Las inversiones realizadas por nacionales o compañías de cada Parte Contratante [...] gozarán de la plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante”

Como se aprecia, la demandante alega que se le concede, a partir de la interpretación del Artículo 804 del TLC Perú- Canadá, el derecho a la plena protección y seguridad de sus inversiones en el territorio de la otra parte, en razón de que la demandante puede beneficiarse de otro nivel de trato sustanciales que la otra parte ofrezca a otros inversionistas en virtud de otros tratados internacionales, citando el TBI de Perú con Reino Unido en donde se encuentra establecido que las inversiones gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra parte.

Asimismo, se aprecia el énfasis al que hace referencia la demandante en el párrafo 536³⁴ del laudo, donde se refiere a toda la precaución que debe tomar el Estado receptor de la inversión para proteger y garantizar la protección física y jurídica de las inversiones e inversionistas. Así, pues incide en el alcance del estándar PSP, el cual impone al Estado la obligación de debida diligencia, no siendo necesario demostrar malicia o negligencia para establecer una violación de dicho estándar.

Otro aspecto a analizar es la forma en que Bear Creek invoca el principio de seguridad jurídica³⁵. Así pues, cabe hacer un recuento del contexto en el que se emitió el D.S. 032, el mismo que se dio ante una situación de conflicto social insostenible en Puno, donde se evidenció la débil política de prevención y en donde, además, se evidenció la limitada capacidad de gestión de conflictos sociales por parte del Estado. En ese sentido, la demandante considera que el Estado *vulneró el estándar de PSP al expropiar la inversión de Brear Creek*

³⁴ Párrafo 536, Ibidem.

³⁵ Párrafo 537, Ibidem.

mediante la sanción del D.S. 032, teniendo en consideración que la demandante se había adjudicado dicho proyecto mediante la dación del D.S. 083, en el cual el Estado, por cuestiones de necesidad pública, se comprometía a otorgarle seguridad jurídica al inversionista y la inversión.

De igual forma, el Tribunal analiza con especial atención uno de los puntos que se señalan en el D.S. 032: “Que el conflicto social en el departamento de Puno exigió la derogación del D.S. 083³⁶”. Aquí el Tribunal reconoce literalmente en su párrafo 401 del laudo “que el Gobierno buscaba de manera desesperada una solución que resolviera el conflicto. Sin embargo, aunque sea políticamente plausible que un gobierno adopte una medida esperando que produzca dicho efecto, el tema que debe dirimir el Tribunal es determinar si el conflicto fue ocasionado por la Demandante o es atribuible a ella o si la acción de la Demandada que privó a la Demandante de los derechos que le habían sido concedidos mediante el D.S. 083 estuvo legalmente justificado”.

Al respecto, el Tribunal reconoce los múltiples esfuerzos de la demandante que incluyeron *una variedad de acciones de divulgación y contacto con las comunidades locales*, tanto por sí misma como en cooperación con las autoridades del Estado. De otro lado, con respecto a la licencia social, el Tribunal afirma, citando el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que estas *deben realizarse con las comunidades indígenas al efecto de obtener el consentimiento de todas las comunidades involucradas*. Sobre el particular, el Tribunal analiza si Bear Creek adoptó las *medidas adecuadas y necesarias* para involucrar a todas las comunidades involucradas, por ello considera relevante determinar si la ausencia de actividades de divulgación y contacto con las comunidades pudo haber ocasionado el conflicto social o contribuyó a este.

En ese contexto, se evidencian una serie de actos y hechos de Bear Creek que tuvieron la aprobación, apoyo y respaldo del Estado peruano, mediante los cuales no se pudiera afirmar que la conducta del demandante fue contraria o insuficiente al Convenio 169 de la OIT, y que ocasionó o contribuyó al conflicto

³⁶ El subrayado es nuestro.

social en la región Puno. Esto es corroborado incluso por la misma justicia ordinaria del Perú,³⁷ a través del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima que confirmara la validez del D.S. 083, en donde dicho Juzgado señala que *no existe un fin razonado que origine que un acto del Estado derogue los derechos otorgados a Bear Creek, los cuales se otorgaron siguiendo los procedimientos correspondientes y cumpliendo con los requisitos exigidos.*

Finalmente, el Tribunal Arbitral concluye en el párrafo 414 del laudo que *la finalidad de resguardar las condiciones ambientales y sociales, tratados por las partes como “conflictos sociales” no justifican la derogación del D.S. 083, por lo que concluye también que el “Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta en el sentido del Artículo 812 y el Anexo 812.1 del TLC”.*³⁸

La conclusión a la que arriba el Tribunal Arbitral nos permite analizar algunos aspectos importantes en la gestión de conflictos sociales en el Perú. Como bien se analizó en el capítulo II de la presente investigación el mayor número de conflictos del sector minero en el país tienen causas ambientales y sociales, y muchos de ellos no encuentran una efectiva solución cuando la institucionalidad del país receptor de la inversión no se encuentra garantizada a través de sistemas, mecanismos y procedimientos que permitan entablar las demandas sociales con la solidez que la dimensión del problema requiere. No menos importante es el grado de confianza que debería existir entre autoridades políticas de cualquier nivel de gobierno e inversionistas con los ciudadanos, particularmente cuando se trata con comunidades campesinas y nativas.

El caso *Bear Creek* constituye un caso emblemático por la forma en que es abordado en el ámbito de la justicia arbitral internacional, en donde no solo se puso en debate la política pública de prevención de conflictos en el país, sino también que estos conflictos (en cualquiera de sus etapas) no justifican la implementación de medidas gubernamentales que puedan implicar la vulneración de estándares internacionales de protección de inversiones e inversionistas. Más aún, cuando el Tribunal Arbitral en este fallo establece que la finalidad del Estado de *resguardar las condiciones ambientales y sociales,*

³⁷ Párrafo 413, Ibidem.

³⁸ Párrafo 416, Ibidem.

tratadas por las partes como conflictos sociales, no justifican la derogación de una norma que concede derechos a los inversionistas en base a las obligaciones internacionales de los Estados adquiridas a través de la suscripción de Tratados Internacionales.

3.4. Interpretación coherente del Estándar PSP a la luz de las Obligaciones Estatales que ponderen Inversión y Derechos Humanos

Dado que el desarrollo interpretativo de los Tribunales Arbitrales de Inversión consolida la posición que la obligación de debida diligencia del Estado tiene relación directa con la adecuada gestión de los conflictos sociales, se hace necesario hacer un análisis de la concepción de desarrollo en las comunidades en donde operan proyectos mineros en el marco de la promoción y protección de inversiones.

En ese sentido, afirmamos que el reconocimiento por parte del Estado del derecho al desarrollo de las comunidades se halla intrínsecamente ligado a una consolidada política de prevención y solución de conflictos, lo que consecuentemente, fortalece la política de promoción y protección de inversiones. Dicho de otro modo, la obligación de debida diligencia debería implicar el fortalecimiento de políticas esenciales en todo Estado de Derecho: el desarrollo de las comunidades; la prevención y solución de conflictos; como la promoción y protección de inversiones.

Así, Glave y Kuramoto opinan que: “(...) para desarrollar un sistema de gestión ambiental participativo es imprescindible contar con una política de información, que permita a los ciudadanos acceder y usar la misma de manera apropiada y oportuna. Para ello, y teniendo en cuenta también los elementos culturales, es necesario articular los proyectos de investigación y capacitación sobre gestión ambiental participativa de la minería con el sector educación, de tal manera que se minimicen los costos de diseminación”. (Manuel Glave, Juana Kuramoto, 2002)

En última instancia, precisan los autores, “la integración de políticas sociales y ambientales dentro del marco de la promoción de la inversión minera sería la clave para iniciar el camino hacia la sostenibilidad en el sector. La

participación informada de ciudadanos con relaciones de confianza y transparencia, garantizando la independencia de todos los actores, es también condición necesaria para iniciar ese camino”.

Por ello, es que Burneo y Chaparro señalan que: “Queda en evidencia la necesidad de que las comunidades cuenten con mayor información sobre criterios y valoración de la tierra en contextos mineros. También es importante que el Estado promueva, como política, el fortalecimiento de la institución comunal; por ejemplo, para que cuenten con instrumentos de gobierno y gestión actualizados y saneados. Y en particular, en contextos extractivos, hace falta que el Estado establezca pautas o criterios mínimos de regulación para garantizar que los procesos de negociación entre empresas y comunidades —que se dan en el ámbito privado— se lleven a cabo de manera adecuada: respetando la institucionalidad comunal, los derechos de los comuneros, y en condiciones de mayor acceso a la información”. (Maria Burneo, Anahí Chaparro, 2010).

Sin embargo, otros autores resaltan los beneficios que trae a la población estos proyectos de inversión, para lo cual sostienen lo siguiente: “Tanto grandes proyectos de inversión — como son las centrales de generación eléctrica, las obras de infraestructura y las plantas industriales— que causan un nivel significativo de impactos positivos y negativos en el territorio en que se materializan, así como proyectos de menor escala, pero no deseados localmente —tales como los vertederos y los incineradores— deberían contar con mecanismos adicionales de participación ciudadana. El objetivo de estos mecanismos debería consistir en proveer instancias más directas y transparentes para la participación de las comunidades y para la ponderación, por parte de la autoridad, de las diversas observaciones”. (Francisco Sabatini, Claudia Sepúlveda, Hernán Blanco,, 2000)

Ahora bien, respecto de un enfoque de protección y conservación del medio ambiente, Sabatini señala que “(...) Desde el punto de vista de la conservación ambiental y del desarrollo económico y social, lo más conveniente es que las compensaciones se comiencen a negociar ex ante, hasta donde sea posible anticiparlas, en una situación de relativa afluencia de capitales al lugar. Aunque no se puede garantizar que no haya conflictos, muchos de éstos podrían

prevenirse. En distinto grado, ambas salidas, la fundamentalista y la por cooptación, tienen en común la desvalorización tanto del derecho que tienen las comunidades y autoridades locales respecto de estos conflictos, como de su papel en dar con una salida que garantice aquello por lo que todos pregonamos, el desarrollo sustentable. Este consiste, finalmente, en una combinación equilibrada de crecimiento, conservación y equidad”. (Sabatini, 1994)

Asimismo, y en relación al derecho al desarrollo de las comunidades, es importante el papel de la consulta previa y de los mecanismos de diálogo, para lo cual existe una opinión mayoritaria que apunta a lo siguiente: “Junto al instrumento de consulta, se necesita crear un mecanismo efectivo para la recepción y atención de las quejas de las comunidades, autoridades locales y otros actores de las zonas de influencia de la actividad minera. La ausencia de mecanismos efectivos para la transformación de conflictos relacionados con la minería ha provocado que la intervención de las autoridades competentes se dé muchas veces a destiempo, sin estrategias ni capacidades adecuadas. Además, las competencias de diferentes autoridades estatales no han sido claramente delimitadas: el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio del Ambiente y la Defensoría del Pueblo no han desarrollado estrategias articuladas y, en muchos casos, han terminado compitiendo. Esto demuestra su ineficacia en el manejo de los conflictos relacionados con la minería”. (Echave, La Minería Peruana y los Mecanismos de Transición, 2011)

En ese sentido, diversos autores opinan a favor de la cooperación y el plan de una política nacional e internacional que abarca diferentes gobiernos, transformándose en una política de Estado. Así, Mayntz opina que: “(...) la cooperación cada vez más intensa en la dimensión vertical, o sea, el vínculo entre la formulación de la política nacional y la internacional, hace que la cohesión interna de la gobernanza nacional quede expuesta a fuerzas centrífugas. En las organizaciones internacionales, los representantes nacionales rara vez se pronuncian por su gobierno en general, sino que lo hacen por un ministerio, un organismo, o una institución nacional más o menos autónoma, como por ejemplo el banco central. Tradicionalmente, estas subunidades de la gobernanza nacional practican la cooperación horizontal y desarrollan sus políticas mediante la coordinación negativa o positiva. Pero a

medida que se toman decisiones políticas cada vez más importantes a nivel internacional, las relaciones verticales se tornan dominantes y la coordinación horizontal se hace más difícil. Los Estados miembros de la Unión Europea han confrontado este problema en forma creciente en los últimos años, y éstos han tenido que crear nuevos procedimientos para la coordinación con el fin de sobreponerse al problema. A medida que la gobernanza global se hace más importante, la coordinación interestatal puede convertirse en un nuevo y significativo reto” (Mayntz, 2002).

En igual sentido, Brenner opina sobre el particular, en relación al papel de los actores sociales en el fomento de un derecho al desarrollo de los mismos, para lo cual dice que “(...) el manejo basado en los actores sociales implica una cuidadosa mediación y gestión de intereses y de conflictos para dejar satisfechos, en la mayor medida posible, los intereses de los actores involucrados y afectados, sin menoscabo de la conservación y del uso sustentable de los recursos naturales. Por lo tanto, las instituciones encargadas del manejo forzosamente tienen que actuar de coordinadores y conciliadores. Es preciso percibir el deterioro ambiental no como un problema cuya solución corresponde a unas cuantas instituciones gubernamentales u ONGs, recurriendo a los instrumentos tradicionales de gobernanza, sino como resultado de un conflicto de intereses profundamente arraigado entre un grupo amplio y heterogéneo de actores con intereses y objetivos divergentes y contrapuestos, incluyendo las mismas instituciones y organizaciones protagonistas, desiguales no sólo en cuanto a las medidas de recursos y poder a su disposición, sino también al potencial de movilizar diferentes tipos de recursos para imponer sus intereses” (Brenner, 2010).

Esto también tiene importancia no sólo para las comunidades, sino para los inversionistas que esperan, invertir en un ambiente adecuado y que se aleje de conflictos, siendo importante el papel de los instrumentos internacionales de inversión. Sobre ello, Saco y Torres señalan que: “(...) las mismas reglas contenidas en los acuerdos internacionales de inversión pueden implementarse utilizando la legislación nacional. Pero es importante tener en cuenta que la legislación nacional no puede reemplazar el impacto que tienen los tratados de inversión en la forma en que otros Estados y los inversores extranjeros se

relacionan con el Estado anfitrión. Es posible que otros Estados necesiten tiempo para apoyarse en las reformas nacionales, además porque si un Estado termina sus tratados de inversión, esto puede generar desconfianza en otros Estados e inversionistas. También tomará un tiempo antes que los inversionistas puedan confirmar si las reformas internas funcionan y estos se atrean a invertir”. (Víctor Saco, Pamela Torres, 2018)

Ahora bien, sobre la evolución del movimiento pro ambiente, Fontaine identifica lo siguiente: “Hemos visto que el movimiento ecologista está animado por dos tipos de actores, que asumen papeles distintos en los conflictos ambientales por petróleo. Por un lado, el sector de las organizaciones no gubernamentales puede asociar a organizaciones radicales e institucionales; por el otro, el sector de las organizaciones sociales puede juntar u oponer a organizaciones indígenas y campesinas. Al interior de cada sector, existen convergencias y oposiciones, en las cuales lo que está en juego es un mayor grado de control sobre el desarrollo, más que la defensa del medio ambiente per se. Estas líneas de fractura se añaden a las ya conocidas líneas divisorias internas al movimiento indígena – entre organizaciones amazónicas y serranas – por un lado, y al movimiento ambiental – entre organizaciones activistas y tecnócratas – por el otro”. (Fontaine, 2009).

De otro lado, se hace necesario entonces, centramos en el debate que radica en el análisis de dos elementos de rol de la debida diligencia. El primero, *aclarar las expectativas de las empresas*. Este esclarecimiento de expectativas resulta de elevada importancia ya que permitirá a los actores de la promoción y protección de inversiones una coordinación más fluida frente a sus obligaciones para con el Estado receptor como con la comunidad en donde opera su inversión. El segundo, *hacer que sea más fácil para los legisladores y tribunales evaluar su cumplimiento*; como se aprecia, este segundo rol se relaciona con el primero incidiendo en la labor que deben desempeñar los operadores judiciales como quienes tienen a su cargo la función legislativa. Un elemento clave en el cumplimiento de este doble rol radica en la eficacia con que se debiera impulsar su ejecución y ello dependerá en una mayor medida en la voluntad que tenga el Estado para propiciar o promover su obligación de debida diligencia.

Así, como señala Tarillo: “(...) es claro que la responsabilidad del Estado conforme a la garantía de protecciones y seguridades plenas derivada de un TBI supone el ejercicio de parte del Estado de una conducta diligente en la prevención y protección de la inversión extranjera (Carrano, 2010)”. En el mismo sentido, Contreras precisa que (...) “En lo que respecta a su ámbito de operatividad material, se ha podido comprobar cuáles son los sectores normativos en los que la noción de debida diligencia opera. En este sentido, puede afirmarse que desde que irrumpiera por primera vez en el ámbito de la neutralidad, a través del As del Alabama, la noción objeto de estudio ha ido extendiendo progresivamente su presencia hacia otros sectores o esferas del ordenamiento internacional. Es el caso, como se ha demostrado, del derecho de extranjería, del sector relativo a la protección internacional de los derechos humanos y libertades fundamentales, del Derecho comunitario, del derecho del mar, de la protección internacional del medio ambiente, del derecho humanitario o de la lucha contra el terrorismo internacional, entre otros.” (Contreras, 2005)

Es así que, bajo los parámetros de los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos* es claro que el Estado tiene tres niveles de obligaciones frente al tema de los derechos humanos, proteger, respetar y reparar. Por otra parte, la empresa tiene una responsabilidad frente a los derechos humanos: respetarlos. (Pilar Ibañez-M; Viviana Ordoñez- S, 2014).

Ahora bien, la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, bajo dichos principios rectores, incluye la de: (i) identificar los impactos reales o potenciales, (ii) prevenir y mitigar los impactos previamente identificados, y (iii) dar debida cuenta de los impactos y las respuestas a ellos. Estos son comunes en diversos sistemas nacionales (Olivier de Schutter; Anita Ramasastry; Mark B. Taylor; Robert C. Thompson, 2012, pág. 65). Para asumir esta responsabilidad es necesario que la empresa también cumpla un proceso de *debida diligencia* y basada en el contexto, identifique elementos, componentes e indicadores específicos para conocer los riesgos e impactos de su actividad y operación, que en gran cantidad de casos ni siquiera imaginan. De allí que la empresa pueda planificar y priorizar cuáles de estos riesgos o impactos tratará primero.

De otro lado, el proceso de *debida diligencia*, genera además buenas prácticas dentro de la organización y un entorno de armonía para las comunidades y usuarios. Tanto es así, como bien destaca Ortega, diversas empresas tienen incluida la debida diligencia en el marco de sus reglas de gobernanza corporativa, por lo cual, constituye una práctica procedimental para evaluar el riesgo de la propia empresa (Ortega, 2013, págs. 4-5).

En tal sentido, en su párrafo 42 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que: “El deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales, impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediando la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. En tal sentido la obligación del artículo 7 inc. B de la Convención de Belém do Pará debe ser interpretada en conjunción con la obligación establecida en el artículo 8 inciso H de garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencias de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular e introducir los cambios necesarios” (CIDH I. , 2007).

A manera de conclusión, como sostiene Elorio: “La consideración de la noción de diligencia debida como un estándar de comportamiento vinculado a la norma primaria de no dañar, ha estado presente desde los mismos orígenes del proceso codificador de las normas que rigen la responsabilidad internacional en el seno de la CDI. Si bien su existencia en cuanto tal, no ha sido negada por la CDI, han existido profundos y arduos debates en cuanto su alcance e implicancias” (ELORRIO, 2013).

Así, en relación a los beneficios del derecho al desarrollo en contraposición a los conflictos socioambientales, Echave concluye que “(...) Uno de los mayores méritos del movimiento generado por las poblaciones afectadas y los casos de conflicto más emblemáticos, es haber puesto en evidencia que el desarrollo, con su imprescindible componente de crecimiento económico, debe tener

necesariamente una dimensión ética, de respeto irrestricto a los derechos humanos, a los principios democráticos y por lo tanto a la promoción de la participación ciudadana”. (Echave, Gobernabilidad e Industrias Extractivas en Ecuador, Perú y Guatemala: El caso de la Minería, 2006)

Finalmente, es importante señalar que todavía no existe una política eficiente sobre el particular, por lo cual siempre hay una actitud defensiva de parte de las comunidades. Sobre esto, Mindiola ha identificado que “(...) No hay una política eficiente que evite conflictos en las relaciones con las comunidades, tanto de parte del Estado como de las empresas cuando éstas operan en territorios indígenas. Eso hace que las comunidades afectadas sostengan una actitud defensiva de sus derechos, frente a los otros dos actores, en quienes no confían plenamente”. (Omaira Mindiola, 2007). Se refiere la autora, a la relación entre el Estado, la empresa y los pobladores indígenas en la que el factor confianza resulta medular. En ese sentido, podemos decir que en la medida en que esta confianza se consolide podremos percibir la viabilidad de los proyectos actualmente paralizados.

Además, existe un vacío en la determinación del verdadero responsable del desarrollo de las comunidades indígenas cuando las industrias extractivas operan en sus territorios: es el Estado, el sector privado, o acaso son las propias comunidades, esto resulta ser una pregunta fundamental que no se responde sólo con la presente investigación.

4. CONCLUSIONES

1. El contenido del estándar PSP es el de brindar protección física y jurídica al inversionista. Este contenido es de fuente consuetudinaria declarada en distintos Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú. El estándar de nivel mínimo de trato comprende la obligación del Estado de ofrecer protección y seguridades plenas, entendidas como el derecho consuetudinario a brindar protección y seguridad jurídica al inversionista y su inversión.
2. La obligación de debida diligencia debiera interpretarse como la obligación que tiene el Estado a fin de brindar protección y seguridades plenas al inversionista. Si cumple ello, se debe entender que el Estado cumple con el estándar de nivel mínimo de trato y, por lo tanto, con sus compromisos internacionales.
3. Los criterios, características y lineamientos de la obligación de debida diligencia estatal se encuentran establecidos en el Proyecto Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Si bien es cierto, parte del Derecho Internacional General, su evolución ha alcanzado otras ramas del Derecho Internacional como el Derecho Internacional de Derechos Humanos, el Derecho Internacional del Medio Ambiente o el propio Derecho Internacional de las Inversiones. Justamente en esa dinámica evolutiva radica su complejidad y riqueza teórica.
4. El caso Bear Creek establece que el estándar de Protección y Seguridad Plenas comprende el deber de debida diligencia por parte del Estado. Así, a fin de brindar protección y seguridades plenas al inversionista en un proyecto minero, el Estado tiene el deber de actuar con debida diligencia. Si cumple ello, se debe entender que el Estado cumple con el estándar de nivel mínimo de trato.
5. Tomando en cuenta la interpretación del Tribunal Arbitral en el fallo sobre Bear Creek, el Estado se encuentra obligado internacionalmente a

implementar una adecuada y sostenible política de prevención y solución de conflictos sociales, lo que implica no solo medidas en torno al fortalecimiento institucional sino también del cumplimiento de las normas que propicien el apoyo y equilibrio mutuo entre las políticas de inversión y de gobernanza ambiental que fortalezcan su desarrollo sostenible.

6. El caso Bear Creek nos ha planteado cuestiones fundamentales respecto a las implicancias o efectos que pudieran darse en cuanto al cumplimiento de los Tratados Internacionales de Inversión y su relación con la obligación de debida diligencia como elemento del Estándar de Protección y Seguridad Plenas. Sobre todo, en las inversiones destinadas a la actividad minera y sus efectos en las localidades en donde se ejecutan estas inversiones. Particularmente, por ese rol que debe tener el Estado para una adecuada protección y promoción de las inversiones extranjeras, actuando con la debida diligencia a fin de garantizar el cumplimiento de objetivos primordiales: sus obligaciones internacionales de una parte; y de otra, el desarrollo y bienestar de su población.
7. Es de resaltar la importancia de que la gestión de los conflictos sociales tenga en cuenta un enfoque de derechos a fin de que la regulación estatal se desarrolle con igualdad y participación ciudadana, y no sólo desde un mero análisis económico como se ha venido concibiendo en diversos conflictos, sobre todo, con una reacción oportuna de parte de los principales actores involucrados: Estado e inversionista.
8. En el Perú, los conflictos socioambientales en el sector minero constituyen el gran reto a resolver por parte los involucrados en la generación de desarrollo y crecimiento económico. En las autoridades estatales recae el reto de implementar un sistema funcional sólido de prevención de conflictos que pueda contribuir al desarrollo de los pueblos y la protección de inversiones.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (2010). Responsabilidad Estatal por Violencia de Género: Comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 181. doi:10.5354/0718-2279.2011.11491
- Abramovich, Víctor. (2017). Poderes Regulatorios Estatales en el Pluralismo Jurídico Global. *Global Campus Human Rights Journal*, 1, 146.
- Agencia Peruana de Noticias Andina. (24 de junio de 2011). *Andina.pe*. Obtenido de <https://andina.pe/agencia/noticia-ejecutivo-deroga-ds-0832007-y-aplicara-consulta-previa-para-actividades-mineras-y-petroleras-puno-365624.aspx>
- Alza, C. (2008). Conflictividad en el Perú: Una Lectura desde las Políticas Públicas. *Aula Magna de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 14. Recuperado el 15 de Octubre de 2018, de http://www.pucp.edu.pe/aulamagna/2008/doc/Carlos_Alza_AMAGNA2008.pdf
- American Manufacturing & Trading Inc v. Zaire, Award opinion, Case N° ARB/93/1 IIC 14 (The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 1997).
- Arias, M. (24 de mayo de 2018). Finalmente nos pasó factura la cancelación del proyecto Santa Ana, de Bear Creek. *Revista Energiminas*. Obtenido de <https://www.energiminas.com/finalmente-nos-paso-factura-la-cancelacion-del-proyecto-santa-ana-de-bear-creek/>
- Azurix Corp. v. Argentina, Laudo, Caso N° ARB/01/12 IIC 24 (2006) (El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) 14 de Julio de 2006).
- Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso N° ARB/14/21 (El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) 30 de Noviembre de 2017).
- BG Group v. Argentine Republic, Final Award (The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) 24 de December de 2008).
- Brenner, L. (2010). Gobernanza ambiental, actores sociales y conflictos en las Áreas Naturales Protegidas mexicanas. *Revista Mexicana de Sociología [online]*, 72(2), 306. Recuperado el 28 de noviembre de 2018, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032010000200004&lng=es&nrm=iso. ISSN 0188-2503
- Calderón, F. (2012). Diez Tesis sobre el Conflicto Social en América Latina. *Revista CEPAL* (107), 30. Recuperado el 16 de Octubre de 2018, de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/11546>
- Carrano, I. (2010). ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los Tratados Bilaterales de Inversión debería obligar a un Estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales? *Revista IUS ET VERITAS*(40), 242. Recuperado el 02 de octubre de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12151>
- Carrillo, S. (2011). *Comunidades y Minería: La Comunicación en el Conflicto*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Recuperado el 13 de octubre de 2018, de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1396/CARRILLO_HOY_OS_SANDRA_COMUNIDADES_MINERIA.pdf?sequence=1

- CEPAL: Liber Martín, Juan Bautista. (2015). Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe. *CEPAL- Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 171*, 56.
- CIDH. (16 de Noviembre de 2009). Caso Gonzáles y otras vs. México. 69. Recuperado el 08 de Octubre de 2018, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH, I. (20 de enero de 2007). El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. 20. Recuperado el 01 de octubre de 2018, de <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espa%20nol%20020507.pdf>
- Clément, Z. D. (2001). Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el sistema interamericano. *Jornadas de Derecho Internacional*, 12. Obtenido de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprincipiosdeprecaucionprevencion>
- Clément, Z. D. (2001). Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el sistema interamericano. *Jornadas de Derecho Internacional*, 1.
- Contreras, J. F. (2005). Tesis Doctoral "La Noción de Debida Diligencia en la Codificación y Jurisprudencia Internacionales". *Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante*, 385-386. Recuperado el 03 de octubre de 2018, de <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/11132>
- Crawford, J. (1998). RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. *Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. James Crawford, Relator Especial, DOCUMENTO A/CN.4/490 y Add.1 a 7*. Obtenido de http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_490.pdf
- Crawford, J. (2009). Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 12. Obtenido de http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf
- Crawford, J. (2009). Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 4.
- Damonte, G. (2016). Política Minera y Conflicto en el Perú: El Agotamiento de la Política de Autoregulación Corporativa. (P. Cisneros, Ed.) *Instituto de Altos Estudios Nacionales*, 258.
- Daniel Russi, Roldan Muradian. (2002). Gobernanza Global y Responsabilidad Ambiental. *Revista Ecología Política*, 103- 104.
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Vigésimo Segundo Informe Anual*. Lima. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/IA-2018-Completo.pdf>
- Derechos humanos y medio ambiente Puno. (10 de enero de 2019). Empresa Minera Bear Creek renuncia a las concesiones mineras del proyecto Santa Ana y gobierno prohíbe su denuncia por 5 años. Obtenido de <http://www.derechoshumanospuno.org/agenda/noticias/347-empresa-minera-bear-creek-renuncia-a-las-concesiones-mineras-del-proyecto-santa-ana-y-gobierno-prohibe-su-denuncia-por-5-anos>

- Echave, J. D. (2006). Gobernabilidad e Industrias Extractivas en Ecuador, Perú y Guatemala: El caso de la Minería. *FOCAL*, 14- 15. Recuperado el 27 de noviembre de 2018, de https://www.focal.ca/pdf/indigenous_Peru_De%20Echave_Gobernabilidad%20industrias%20extractivas%20Ecuador%20Peru%20Guatemala_2007_s.pdf
- Echave, J. D. (2011). La Minería Peruana y los Mecanismos de Transición. (E. Alejandra Alayza y Eduardo Gudynas, Ed.) *Transiciones: Posextractivismo y Alternativas al Extractivismo en el Perú*, 80.
- ELORRIO, M. (Nov. de 2013). Algunas Consideraciones sobre las Discordancias en torno a la Noción de Debida Diligencia en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad por Hecho Ilícito de los Estados. *Revista de la Facultad de Derecho*, 2(1), 201. Recuperado el 03 de Octubre de 2018, de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5947>
- Endara Flores, F. (Enero de 2010). El alcance del Estándar de protección y seguridades plenas en los Tratados de Inversión. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito. Obtenido de <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/3722>
- Endara Flores, F. (23 de Enero de 2010). Revista Jurídica de Derecho Público. Tomo 2. *La Protección y Seguridad Plena de las Inversiones ¿El estándar olvidado de los tratados bilaterales de inversión?* Guayaquil, Ecuador: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Obtenido de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/01/443a460_la_proteccion.pdf
- Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentina, Case N° ARB/01/3 IIC 292 (2007) (The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 22 de May de 2007).
- Eureko BV v. Poland, Patrial Award and Disseting Opinion, IIC 98 (Ad hoc- UNCITRAL Arbitration Rules 19 de August de 2005).
- Fernando Calderón; Lorenza Fontana; María Nava; Huascar Pacheco. (Septiembre de 2011). Los Conflicitos Sociales en América Latina. *Informe PNUD- UNIR*, 20. Recuperado el 15 de Octubre de 2018, de https://www.researchgate.net/publication/301889976_Los_conflictos_sociales_en_America_Latina
- Fontaine, G. (2009). Los conflictos ambientales por petróleo y la crisis de gobernanza ambiental en el Ecuador. *Boletín ECOS N° 6*, 6-7.
- Francisco Sabatini, Claudia Sepúlveda, Hernán Blanco,. (2000). ¿Cómo fortalecer los conflictos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental? Recomendaciones a partir de la Percepción de los Ciudadanos. *Participación Ciudadana para enfrentar Conflictos Ambientales*, 109.
- Francke, P. (junio de 2009). Otras Políticas Minera para el Desarrollo. *Minería y Territorio en el Perú: Conflictos, Resistencias y Propuestas en tiempos de Globalización*, 433.
- Fried, D. (2010). Perspectiva Generativa en la Gestión de Conflictos Sociales. *Revista de Estudios Sociales N° 36*, 54. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/abs/10.7440/res36.2010.05>

- García, S. (2004). La Obligación de Debida Diligencia Estatal: Una Herramienta para la Acción de los Derechos Humanos de las Mujeres. (S. A. Internacional, Ed.) *Separata Aiar*, 1, 20.
- GOS, T. (2016). La "Responsabilidad de Respetar" los Derechos Humanos y el Establecimiento del Deber de Debida Diligencia como una Obligación Legal para las Industrias Extractivas: Desafíos y Oportunidades en las Américas. *American University International Law Review*, 32(4), 889. Recuperado el 01 de octubre de 2018, de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol32/iss4/6>
- Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Egypt, N° ARB/04/13 IIC 356 (2008) (The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 24 de October de 2008).
- José De Echave, Alejandro Diez, Ludwig Huber, Bruno Revesz, Xavier Lanata y Martín Tanaka. (2009). *Minería y Conflicto Social*. Lima, Perú: Minería y Sociedad. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de http://repositorio.iep.org.pe/bitstream/IEP/639/2/huber_mineriyconflictosocial.pdf
- José Seoane; Emilio Taddei. (2000). La Conflictividad Social en América Latina . *Observatorio Social de América Latina* , 61.
- Lauder v. Czech Republic, Final Award, IIC 205 (2001) (Ad hoc UNCITRAL Arbitration Rules 3 de September de 2001).
- Manuel Glave, Juana Kuramoto. (2002). Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en el Perú. *Grupo de Análisis para el Desarrollo GRADE*, 590- 591.
- Maria Burneo, Anahí Chaparro. (2010). Poder, comunidades campesinas e industria minera: el gobierno comunal y el acceso a los recursos en el caso de Michiquillay. *ANTHROPOLOGICA/AÑO XXVII(28)*, 105.
- Márquez Escobar, C., & Villegas Carrasquilla, L. (2009). Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo. *Revista Colombiana de Derecho Internacional N° 15*, 15, 155-180. Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855>
- Martinez- Alier, J. (2004). Los Conflictos Ecológico- Distributivos y los Indicadores de Sustentabilidad. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, 1, 29.
- Mayntz, R. (2002). Los Estados Nacionales y la Gobernza Global. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 7.
- Noble Ventures Inc v. Romania, Award, Case N° ARB/01/11 IIC 179 (2005) (The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 12 de October de 2005).
- Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, Case N° UN3467, Case N° UN3467 IIC 202 (2004) (The London Court of International Arbitration (LCIA) 1 de July de 2004).
- Olivier de Schutter; Anita Ramasastry; Mark B. Taylor; Robert C. Thompson. (Diciembre de 2012). La Debida Diligencia en mateira de Derechos Humanos: El Papel de los Estados. *International Corporate Accountability Roundtable, European Coalition for Corporate Justice, Canadian Network on Corporate Accountability.*, 69. Recuperado el 29 de septiembre de 2018, de <https://observatoriorsc.org/la-diligencia-debida-en-materia-de-derechos-humanos-el-papel-de-los-estados/>

- Omaira Mendiola, J. P. (2007). Gobernabilidad y las Industrias Extractivas en Territorios Indígenas. *Fundación Canadiense para las Américas FOCAL*, 18.
- ONU, O. d. (2012). La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos: Guía para la Interpretación. 7.
- Ortega, O. M. (2013). La Debida Diligencia de las Empresas en materia de Derechos Humanos: Un Nuevo Estándar para una Nueva Responsabilidad. *Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, 9, 21-23. Recuperado el 01 de octubre de 2018, de <http://hdl.handle.net/10016/19321>
- Peña, A. (2012). La Prevención o Gestión de los Conflictos Sociales en el Perú. *IUS 360*. Recuperado el 15 de noviembre de 2018, de <http://ius360.com/columnas/antonio-pena-jumpa/la-prevencion-o-gestion-de-los-conflictos-sociales-en-el-peru/>
- Pilar Ibañez-M; Viviana Ordoñez- S. (2014). Papel de los Empresas y de los Estados en la Debida Diligencia en Derechos Humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*(24).
- Pinto, H. (2013). Conflicto Minero en Santa Ana (Puno). *Investigaciones Sociales*, 17(31), 219.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (10 de julio de 2018). *Secretaría de Gestión Social y Diálogo*. Obtenido de ABC de la Secretaría de Gestión Social y Diálogo: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/187140/ABC_de_la_SGSD.pdf
- Redorta, J. (2004). *Cómo analizar los Conflictos: La Tipología de Conflictos como Herramienta de Mediación*. Madrid: Paidós, Espasa Libros, S.L.U.
- Romero, S. (2003). Teoría del Conflicto Social. *Capítulo I de la Obra Negociación Directa y Asistida*, 15. Recuperado el 11 de noviembre de 2018, de <http://abacoenred.com/wp-content/uploads/2015/10/Teor%C3%ADa-del-conflicto-social-ASOPDES-2003.pdf>
- Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikayson Hizmetleri AS v. Kasagstan, Case N° ARB/05/16 IIC 344 (2008) (The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 21 de Julio de 2008).
- Saade, M. (2013). Desarrollo Minero y Conflictos Socioambientales. *Macroeconomía del Desarrollo- CEPAL*, 53.
- Sabatini, F. (1994). Espiral Histórica de Conflicitos Ambientales. *Ambiente y Desarrollo*, 22.
- Saluka Investments BV v. Czech Republic, IIC 210 (The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Partial Award Ad Hoc 17 de March de 2006).
- Semana económica.com*. (1 de diciembre de 2017). Obtenido de CIADI falló a favor de Bear Creek Mining por proyecto Santa Ana: <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/mineria/256355-ciadi-fallo-a-favor-de-bear-creek-mining-por-proyecto-santa-ana/>
- Somos Sur. (24 de mayo de 2011). *somossur.net*. Obtenido de https://www.somossur.net/index.php?option=com_content&view=article&id=701:la-lucha-por-la-soberania-de-puno&catid=86:america-latina-en-movimiento&Itemid=108

- Víctor Saco, Pamela Torres. (2018). ¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? Propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos. *Agenda Internacional*, 25(36), 230.
- Viñuales, J; Pérez Aznar, F. (2012). La Distribución del Riesgo Regulatorio Ambiental en el Derecho de las Inversiones. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 169-209.
- Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt, Case N° ARB/05/15 IIC 374 (2009) (The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 2009).
- Wena Hotels Limited v. Egypt., Case N° ARB/98/4 IIC 273 (2000) (The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 8 de December de 2000).

