
Asamblea General

Distr.: General
25 de mayo de 2011

Original: Inglés

Traducción hecha para el Comité Minero-Energético de Seguridad y Derechos Humanos de Colombia (CME)
por Esteban Venegas Dávila.

Aunque esta traducción fue autorizada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es no oficial: la responsabilidad por la fidelidad respecto del original en inglés es únicamente del CME. Se distribuye sin costo en www.CMEColombia.co.

Consejo de Derechos Humanos

Decimoséptima sesión

Tema 3 del programa

Promoción y protección de todos los derechos humanos, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos, las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie

Addendum

Principios para contratos responsables: la integración de la gestión de los riesgos para los derechos humanos en las negociaciones contractuales entre Estados e inversionistas: orientación para los negociadores * **

Resumen

Todos los negocios tienen el potencial de impactar de manera positiva o negativa a las personas y a los derechos humanos -aquellos derechos y libertades que la comunidad internacional ha acordado que son necesarios para que la gente viva con dignidad-. En algunos casos, cuando un negocio tiene un potencial directo y significativo de afectar de manera positiva o negativa los derechos humanos, se hace esencial considerar tal impacto en las etapas tempranas del ciclo de vida del negocio. Este es el caso cuando un proyecto presenta oportunidades o riesgos de gran escala o significativos, fueran estos económicos o ambientales o cuando involucra el agotamiento de recursos naturales renovables o no renovables.

En tales casos, sin consideración del sector involucrado, el proceso de negociación entre el Estado anfitrión y el inversionista ofrece una oportunidad única de identificar, evitar y mitigar los riesgos para los derechos humanos. Así se ayudará a optimizar el rango completo de beneficios que se obtienen de la inversión y a asegurar que los Estados mantienen en el contrato de inversión un espacio político adecuado para la protección de los derechos humanos mientras que evitan reclamos que provengan de arbitramento internacional vinculante.

* Este reporte se presenta tardío con el fin de permitir la inclusión del material más actual.

** Debido a su longitud, este reporte, adjunto al resumen, se circula como se recibió.

A continuación se listan los 10 principios que pueden ayudar a la integración de la administración de los riesgos en derechos humanos:

1. Preparación y planeación de las negociaciones del proyecto: Las partes deben estar adecuadamente preparadas y tener la capacidad para abordar las implicaciones en derechos humanos durante las negociaciones de proyectos.

2. Gestión de los posibles impactos negativos sobre los derechos humanos: Las responsabilidades de prevención y mitigación de los riesgos de derechos humanos asociados con el proyecto y sus actividades deberán aclararse y acordarse antes de finalizar el contrato.

3. Estándares de operación del proyecto: Las leyes, reglamentos y normas que rigen la ejecución del proyecto deberán facilitar la prevención, mitigación y reparación de los impactos negativos sobre los derechos humanos que surjan durante la vida del proyecto.

4. Cláusulas de estabilización: En caso de usar cláusulas de estabilización contractual, deberán delinearse con cuidado, de tal manera que la protección otorgada a los inversionistas frente a cambios futuros en la ley no interfiera con los esfuerzos *bona fide* del Estado para implementar las leyes, reglamentos o políticas de manera no discriminatoria con el fin de cumplir con sus obligaciones respecto a los derechos humanos.

5. “Provisión de bienes o servicios adicionales”: Cuando el contrato prevea que el inversionista proveerá servicios adicionales más allá del alcance del proyecto, deberá hacerlo de forma compatible con las obligaciones de derechos humanos del Estado y con las responsabilidades de derechos humanos del inversionista.

6. Seguridad física para el proyecto: La seguridad física de las instalaciones del proyecto o su personal se proveerá de manera consistente con los estándares y principios de derechos humanos.

7. Participación de la comunidad: El proyecto deberá tener un plan efectivo de participación de la comunidad durante su ciclo de vida desde las primeras etapas.

8. Supervisión y conformidad del proyecto: El Estado debe estar en capacidad de supervisar la conformidad del proyecto con los estándares relevantes para proteger los derechos humanos, proveyendo al mismo tiempo a los inversionistas la seguridad necesaria contra interferencias arbitrarias.

9. Mecanismos de reclamación para los daños no contractuales a terceros: Los individuos o comunidades que no sean parte del contrato, pero que sean impactados por las actividades del proyecto, tendrán acceso a un mecanismo de reclamos extrajudicial efectivo.

10. Transparencia/Divulgación de las condiciones contractuales: Las condiciones del contrato deberán ser públicas; el alcance y duración de excepciones a tal publicidad deberán basarse en una necesidad imperiosa para ello.

Anexo

Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos, las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales

Principios para contratos responsables: la integración de la gestión de los riesgos en derechos humanos en las negociaciones contractuales entre Estados e inversionistas: orientación para los negociadores

Contenido	Pág	Párrafos
I. Introducción	4	1 - 16
A. Acerca de esta guía	4	1 - 4
B. Definiciones	4	5 - 7
C. ¿Por qué esta guía?	5	8 - 12
D. ¿Por qué considerar los derechos humanos?	6	13 -14
E. Diez principios clave	8	15 - 16
II. Diez principios para la integración del manejo de los derechos humanos en las negociaciones contractuales	8	17 - 64
A. Planeación y preparación de las negociaciones del proyecto	8	17 - 20
B. Manejo del potencial de impactos adversos en derechos humanos	9	21 - 24
C. Estándares de operación del proyecto	11	25 - 30
D. Cláusulas de estabilización	13	31 - 39
E. “Provisión de bienes o servicios adicionales”	15	40 - 42
F. Seguridad física del proyecto	17	43 - 46
G. Participación de la comunidad	18	47 - 51
H. Supervisión y cumplimiento del proyecto	20	52 - 53
I. Mecanismo de reclamos para daños no contractuales a terceros	21	54 - 59
J. Transparencia/Divulgación de los términos contractuales	23	60 - 64
Anexo I	26	
Anexo II	27	

I. Introducción

A. Acerca de esta guía

1. Esta guía identifica 10 principios para ayudar a integrar la gestión de riesgos de los derechos humanos en la negociación de proyectos de inversión entre las entidades del Estado anfitrión y los inversionistas extranjeros de negocios.
2. Esta guía es el resultado de cuatro años de investigación y diálogo incluyente con múltiples partes interesadas llevado a cabo bajo la dirección del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los Negocios y los Derechos Humanos, profesor John Ruggie.
3. Al inicio de su mandato, el Representante Especial identificó los contratos de inversión como un instrumento importante a través del cual los Estados y los negocios pueden afectar el impacto que tienen las operaciones de negocios en los derechos humanos. En 2007, se asoció con la Corporación Financiera Internacional para realizar el primer estudio empírico de su clase, comparando cláusulas contractuales para ayudar a los inversionistas a mitigar el riesgo de cambios en la legislación -llamadas cláusulas de estabilización- a través de diversos sectores económicos en todas las regiones del mundo, buscando su posible implicación en los derechos humanos. Esta investigación sirvió como base para más de tres años de consultas sobre las implicaciones en derechos humanos de los contratos de inversión en diferentes lugares alrededor del mundo. El Representante Especial del Secretario General acudió a consultas formales e informales y participó en otras discusiones en Londres, Johannesburgo, Marruecos, Dakar, París, Washington D.C. y otras ciudades con empresarios, representantes de Estados, prestamistas e inversionistas privados e institucionales, sociedad civil, académicos y profesionales privados. Consultas como estas no tenían precedentes en la medida en que reunieron a expertos en derechos humanos y a negociadores representando empresas comerciales, Estados y otros directamente involucrados en facilitar y apoyar proyectos de inversión, tales como instituciones prestamistas públicas y privadas y organizaciones de desarrollo.
4. Esta guía es el fruto de la experiencia colectiva sobre cómo trabajar en proyectos exitosos que generen beneficios a las personas y manejen apropiadamente los impactos adversos sobre ellas. Ha sido desarrollada específicamente para ser usada por los Estados y los negociadores. También debe ser de interés para aquellos que no están directamente involucrados en el proceso de negociación, como cuerpos de vigilancia, organizaciones de la sociedad civil, individuos y comunidades en las que se implementan proyectos de inversión, prestamistas privados e institucionales y aseguradores.

B. Definiciones

5. Un “contrato Estado-inversionista” es un contrato realizado entre un Estado anfitrión y uno o varios inversionistas extranjeros. Los tipos de contratos que son relevantes para esta guía son aquellos sobre exploración o explotación de recursos tales como petróleo, gas o minería; proyectos agrícolas de gran tamaño; proyectos de infraestructura tales como construcción de autopistas, líneas férreas, puertos, presas; o aquellos para el desarrollo y operación de sistemas de acueducto y alcantarillado.¹
6. Para los efectos de esta guía, “Estado” se refiere a las entidades estatales nacionales o locales.

¹ Mientras que estos principios pueden ser relevantes para cualquier sector, ciertos aspectos de los contratos de proveeduría y prestación de servicios no han sido cubiertos. Por ejemplo, aunque es potencialmente relevante de manera directa para los derechos humanos, este documento no cubre los derechos humanos y aspectos contractuales tales como asuntos de estructura de tarifas o proveeduría de servicios básicos tales como agua o electricidad.

7. El término “inversionista”² se refiere a una empresa de negocios controlada desde el extranjero que es parte de la negociación de un contrato con un Estado y del contrato resultante en sí mismo. “Partes” se refiere a ambos, el Estado y el inversionista que toman parte en la negociación de un contrato. “Prestamistas” se usa para indicar a aquellas organizaciones públicas o privadas y multilaterales que apoyan proyectos de inversión mediante financiación.

C. ¿Por qué esta guía?

8. Cada negocio tiene el potencial de tener impactos positivos y negativos sobre las personas y los derechos humanos - esos derechos y libertades que la comunidad internacional ha acordado que la gente necesita para vivir dignamente.³

9. El impacto positivo de la inversión privada puede incluir, por ejemplo, la mejora de servicios básicos, de oportunidades de empleo y de generación de ingresos que pueden ayudar a los Estados a proveer y mantener servicios. Los impactos negativos pueden incluir, por ejemplo, desplazamientos temporales o definitivos de personas sin consulta apropiada ni compensación; daño ambiental o desórdenes que pueden impactar el suministro de agua y comida, de recursos para el sustento, o de lugares culturalmente significativos.

10. Tanto los Estados como los inversionistas han aprendido que desatender el impacto adverso sobre los derechos humanos plantea un riesgo significativo para los proyectos comerciales y reduce el potencial de generar efectos positivos para la sociedad que tiene tales iniciativas. En algunos casos, el impacto negativo sobre los derechos humanos ha resultado en demandas civiles y penales de alto costo; responsabilidades financieras, tales como atrasos en el desarrollo, emplazamiento, permisos, construcción, operación e ingresos esperados; relaciones complicadas con los mercados de trabajo locales; mayores costos de financiación, seguros y seguridad; así mismo, daño derivado de pérdida de confianza, deterioro de la reputación y cancelación de proyectos.

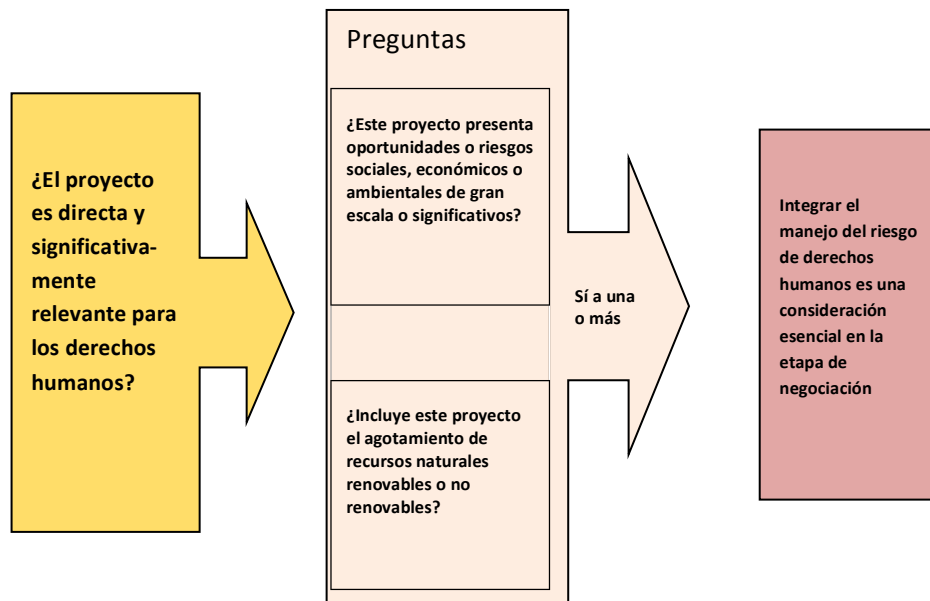
11. Algunos proyectos tendrán más potencial de impacto positivo o negativo sobre los derechos humanos. En particular esto tiende a suceder en proyectos de largo plazo que presentan oportunidades o riesgos de gran escala, sean sociales, económicos o ambientales, que involucran el agotamiento de recursos naturales renovables o no renovables (ver figura 1).

12. Mientras que los derechos humanos deben considerarse siempre en las iniciativas de negocios, en los casos descritos arriba, en donde los derechos humanos son especialmente importantes para el proyecto, es importante hacer de ellos una consideración esencial en la negociación del proyecto, del contrato o de los acuerdos que establecen y rigen el proyecto. Esto contribuirá a asegurar su sostenibilidad de largo plazo y su éxito.

²Nota del traductor: *business investor* en el original en inglés.

³Por “derechos humanos” este documento se refiere a los reconocidos internacionalmente -entendidos como mínimo aquellos expresados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios que tienen que ver con los derechos fundamentales descritos en la Declaración de la Organización del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Para más información sobre derechos humanos y las obligaciones y responsabilidades diferenciadas para los Estados y las empresas comerciales, ver el anexo 1. También ver los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, documento ONU A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011)

Figura 1



D. ¿Por qué considerar los derechos humanos en la negociación de contratos?

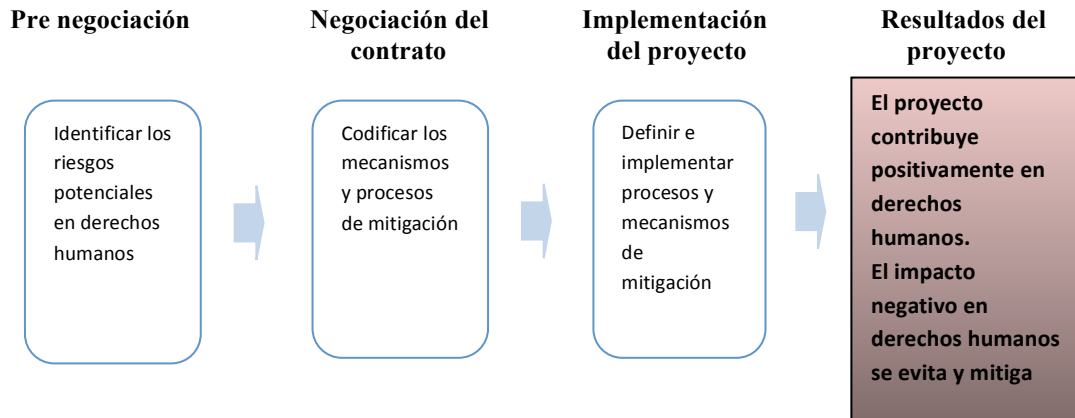
13. Las experiencias tanto de los Estados como de los inversionistas apuntan a la ventaja de considerar de manera temprana el riesgo de derechos humanos, antes de iniciar el proyecto y antes de que ocurra algún impacto. La negociación es el momento oportuno para definir las expectativas y responsabilidades de la partes sobre todos los tipos de riesgos, incluyendo aquellos relativos a los derechos humanos. Más aún, el manejo adecuado de los riesgos de derechos humanos también tendrá implicaciones en temas contractuales, de modo que lo mejor es considerarlos de manera coherente junto con todos los temas económicos y comerciales. Al final, la consideración temprana de los derechos humanos ayudará a asegurar que el Estado mantiene un espacio político adecuado para la inclusión de la protección de los derechos humanos en el contrato de inversión mientras que evita reclamos relativos al contrato en arbitramientos internacionales vinculantes.

14. Como se ilustra gráficamente en la figura 2, la integración de los derechos humanos en la negociación permitirá:

- (1) Facilitar la identificación y manejo temprano de impactos negativos que potencialmente presente el proyecto de inversión sobre los derechos humanos;
- (2) Ayudar a establecer roles y responsabilidades claros para la prevención y mitigación de impactos potenciales así como, de ocurrir, para el remedio a tales impactos;
- (3) Ayudar a las partes a hacer evaluaciones apropiadas y asignación de costos para la prevención, mitigación y reparación de los impactos negativos en los derechos humanos;
- (4) Facilitar la cooperación y el manejo efectivo de los incidentes en la medida en que se presentan durante la vida del proyecto;
- (5) Ayudar a incrementar los beneficios positivos totales del proyecto incluyendo los relacionados con derechos humanos.

Figura 2

Integración del manejo de los riesgos de derechos humanos en la negociación de proyectos de inversión



E. Diez principios clave

15. Esta guía identifica 10 principios para ayudar a los Estados y a los inversionistas a integrar la gestión de los riesgos de derechos humanos en los proyectos de inversión y en las negociaciones contractuales, junto con sus implicaciones; también recomienda una lista de chequeo para las negociaciones. La materia sujeta de cada principio se explica brevemente. El anexo 1 ofrece información más detallada sobre las diferentes obligaciones y responsabilidades de los Estados y las empresas con respecto a los derechos humanos. El anexo 2 resume el trabajo del Representante Especial y el Marco “Proteger, Respetar y Reparar” de las Naciones Unidas.

16. Estos principios proveen un punto de partida para la mejor integración de las preocupaciones sobre derechos humanos en la fase de contratación Estado - inversionista del proyecto de inversión, pero no reemplazan el valor del de la experiencia del profesional en derechos humanos.

II. Diez principios para la integración del manejo de los derechos humanos en las negociaciones contractuales

A. Planeación y preparación de las negociaciones del proyecto

Principio 1: Las partes deben estar adecuadamente preparadas y tener la capacidad para abordar las implicaciones de derechos humanos durante las negociaciones de proyectos.

Implicaciones clave del principio 1 para las negociaciones:

- El Estado deberá llegar a la negociación con una idea clara de la relación existente entre los objetivos, oportunidades y riesgos del proyecto con sus obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.
- El inversionista deberá llegar a la negociación con una idea clara de la relación existente entre los objetivos, oportunidades y riesgos relativos con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.
- El Estado y el inversionista deberán llegar a la negociación con la intención de asegurar que los impactos negativos sobre los derechos humanos serán evitados, mitigados o remediados durante el ciclo de vida del proyecto. Ese deberá ser el caso incluso cuando un Estado participa como inversionista, como beneficiario de los ingresos del proyecto o como ambos.
- Las partes deben llegar a la negociación con la información apropiada y acceder a expertos y soporte para buscar estos objetivos, condiciones que deben reflejarse en el plan de negociación.

Lista de chequeo recomendada para el principio 1:

- Los representantes del Estado que estén directamente involucrados en la negociación tienen como objetivo el logro de un acuerdo que ayude a asegurar el potencial impacto positivo del proyecto en derechos humanos mientras contribuyen a la efectiva protección de los derechos humanos a través de su ciclo de vida.
- Los representantes del inversionista que estén directamente involucrados con la negociación tienen como objetivo lograr un acuerdo que asegure que los derechos humanos se respetan durante el ciclo de vida del proyecto.
- Ambas partes tienen acceso a expertos que les permiten tomar decisiones informadas sobre la distribución óptima de responsabilidades para la prevención,

mitigación y remedio de los impactos a los derechos humanos contenidos en el proyecto. Por ejemplo, ambas partes están equipadas para entender las implicaciones financieras y legales de las diferentes opciones propuestas por cada parte.

- Las partes se han asegurado de que sus respectivas obligaciones de derechos humanos están reflejadas en el plan de negociación.

Explicación sucinta: Preparación y planeación de las negociaciones del proyecto:

17. Los Estados pueden optimizar todo el rango de beneficios que se pueden obtener de los proyectos de inversión asegurándose de tener el conocimiento y la capacidad para hacer frente a las implicaciones de los proyectos sobre los derechos humanos de manera coherente junto con las consideraciones económicas. Para ello se requiere preparación suficiente en temas de derechos humanos y de integración de tales consideraciones en los contratos de negociación.

18. Para los Estados, los ministerios, agencias u otras autoridades que tienen que ver con asuntos de derechos humanos (tales como salud, educación, vivienda, ambiente, justicia) deberán involucrarse desde las etapas iniciales en que el Estado planea o decide participar en un proyecto de inversión. Para cada proyecto, los Estados pueden facilitar la planeación de sus negociaciones identificando los beneficios positivos para los derechos humanos que se derivarán de un proyecto, así como los riesgos que para los derechos humanos puede generar tal proyecto. Por ejemplo, los proyectos mineros o de infraestructura pueden estimular desarrollo económico en un área, crear oportunidades de empleo o expandir el acceso a la comida, cuidados de salud u otras necesidades básicas. Los proyectos también pueden originar desplazamiento físico o económico de la gente, arriesgando su empobrecimiento futuro e impidiendo su acceso a comida, subsistencia y atención de salud.

19. Por parte de los inversionistas, este principio de respetar los derechos humanos mientras se examinan proyectos de inversión debe integrarse desde la concepción del proyecto y reflejarse en las negociaciones contractuales y a través de su ciclo de vida; y puede requerir añadir experiencia en derechos humanos, particularmente para apoyar a sus equipos negociadores.

20. Ambas partes requerirán experiencia en los asuntos de derechos humanos durante la negociación. Tal experiencia incluye consideraciones legales, técnicas, financieras y de banca de inversión comercial, -por ejemplo, para proveer modelos financieros para que las partes puedan evaluar independientemente las implicaciones de costo-. Las partes deben asegurarse de que sus equipos de negociación tengan la capacidad de proveer tal entendimiento. Para los Estados puede haber apoyo disponible a través de cooperación internacional o bilateral.

B. Manejo de impactos negativos potenciales en derechos humanos.

Principio 2: Las responsabilidades de prevención y mitigación de los riesgos de derechos humanos asociados con el proyecto y sus actividades deberán aclararse y acordarse antes de finalizar el contrato.

Implicaciones clave del principio 2 para las negociaciones:

- Aunque se deberán realizar estudios más específicos sobre el potencial de impacto adverso en los derechos humanos durante el ciclo de vida del proyecto, las partes necesitan tener conciencia de los impactos potenciales adversos que puedan preverse a partir de los estudios de factibilidad, las valoraciones de impacto, las valoraciones de diligencia debida y otras preparaciones iniciales del proyecto.
- Las partes deben tener la pericia adecuada para identificar y manejar los riesgos

en derechos humanos a través del proyecto, antes de que ocurra el impacto, ya sea creando la capacidad interna o asegurando la pericia de terceros.

- El aseguramiento de que el impacto adverso pueda prevenirse y mitigarse requiere la disponibilidad de los fondos apropiados y su asignación para permitir la toma de las medidas necesarias.
- Los planes de prevención y mitigación deberán desarrollarse mediante la inclusión de información y conocimiento obtenido a través de los esfuerzos de involucramiento con las comunidades que puedan ser afectadas adversamente.

Lista de chequeo recomendada para el principio 2:

- El contrato describe claramente quién es responsable de mitigar los riesgos de impacto adverso en derechos humanos, y cómo serán financiados los esfuerzos de mitigación.
- Las partes acuerdan un conjunto de métricas para evaluar el estado de disfrute de derechos humanos antes de iniciar el proyecto⁴, o acuerdan que tales métricas serán establecidas antes de iniciar el proyecto.
- Las partes han evaluado su propia capacidad para cumplir sus responsabilidades contractuales relativas al manejo del riesgo de derechos humanos.
- Las partes han asegurado que los fondos para los esfuerzos de mitigación estén disponibles cuando se necesiten, definiendo mecanismos especiales de financiación con estructuras de responsabilidad independientes o conjuntas según sea apropiado.
- Antes de terminar el contrato, las partes han acordado un plan inicial de comunicación sobre los riesgos de impacto adverso con los individuos y comunidades que sean potencialmente afectados por el proyecto, con el fin de involucrarlos en los planes de prevención y mitigación.
- Si el proyecto prevé un mecanismo financiero especial para la compensación, existe un acuerdo sobre cómo se compartirá la información sobre su existencia y desarrollo con los beneficiarios potenciales (principio 7).

Explicación sucinta: Gestión de los posibles impactos negativos sobre los derechos humanos:

21. Para prevenir y mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos, los Estados deben asegurar que tales impactos estén valorados desde las etapas iniciales del proyecto y durante su ciclo de vida, incluyendo las etapas finales tales como desmantelamiento, abandono o rehabilitación de los lugares en que se desarrollan. Para el inversionista, es importante completar estas primeras valoraciones tan pronto como sea posible en el contexto de una actividad nueva, aún antes de las negociaciones contractuales, para ayudarle en el entendimiento, desde el inicio, de los riesgos y beneficios potenciales para la gente afectada por el proyecto.

22. Las valoraciones deben basarse en pericia interna o externa independiente, creíble en derechos humanos, e involucrar consultas significativas con los individuos y comunidades potencialmente impactados así como con otros involucrados relevantes.

23. Las leyes nacionales, las leyes locales, los estándares de crédito y otros referentes externos pueden definir algunos criterios para valorar los impactos o la prevención en derechos humanos y las medidas de mitigación. Pueden ser parte integrante de la valoración del impacto social y ambiental, parte de otra valoración de riesgo o requerimientos individuales. Pero para asegurarse de la claridad de los roles y la

⁴Nota del traductor: frecuentemente denominadas “línea base”. (*baseline* en el original en inglés)

responsabilidad de las partes, el contrato deberá definir las responsabilidades para: (1) llevar a cabo valoraciones periódicas de impactos reales y potenciales en derechos humanos⁵; (2) concebir y llevar a cabo un plan de prevención y mitigación de potenciales impactos negativos; y (3) asegurar que los fondos para tales actividades estén garantizados y administrados de acuerdo con el plan.

24. Las partes pueden considerar el establecimiento de mecanismos financieros independientes o con responsabilidad conjunta para asegurar que los recursos adecuados estén disponibles para llevar a cabo los planes de prevención y mitigación que se requieran. Para la credibilidad de los mecanismos, para apoyar el buen manejo y para minimizar los riesgos de acusaciones de corrupción, son necesarias estructuras adecuadas para vigilar la recolección y uso de los fondos, en particular la transparencia de los mecanismos financieros.. Hacer que los mecanismos financieros sean transparentes también puede ser la forma útil de reafirmar a las comunidades impactadas que los planes están listos para prevenir y mitigar daños potenciales y crear confianza en el proyecto.

C. Estándares de operación del proyecto

Principio 3: Las leyes, reglamentos y normas que rigen la ejecución del proyecto deberán facilitar la prevención, mitigación y reparación de los impactos negativos sobre los derechos humanos que surjan durante la vida del proyecto.

Implicaciones clave del principio 3 para las negociaciones:

- Las partes tienen conciencia de los vacíos legislativos, reglamentarios y de capacidad para hacer cumplir la ley y están preparadas para trabajar en su identificación y solución.
- Las partes deben complementar las leyes locales, reglamentos y estándares con estándares externos⁶ que no estén actualmente incorporados en la ley doméstica cuando puedan facilitar la prevención, mitigación y remedio de los impactos negativos en derechos humanos durante el ciclo de vida del proyecto.

Lista de chequeo recomendada para el principio 3:

- Los representantes del Estado para la negociación del contrato han consultado con los ministerios y agencias pertinentes que pueden aconsejarles sobre las leyes relevantes en la salvaguarda de los derechos humanos, o su adecuación para el manejo de riesgos provenientes del proyecto, y sobre la capacidad del Estado para hacerlas cumplir.
- Los estándares de operación necesarios para la protección de los derechos humanos a través del ciclo de vida del proyecto han sido acordados por las partes, incluyendo cualquier estándar externo (financiero, industrial, ambiental u otro) necesario para complementar la ley doméstica aplicable o los estándares relativos a los derechos humanos.
- Las partes han asegurado que todos los estándares de operación, incluyendo los estándares externos necesarios para complementar los estándares domésticos, aplican a los sucesores⁷ y subcontratistas.
- Las partes han acordado métodos para: (1) asegurar el cumplimiento de los estándares externos relevantes; (2) manejar los conflictos entre la ley interna y los

⁵ La valoración del impacto en derechos humanos no necesariamente debe ser un proceso diferente del de otras valoraciones, tales como las sociales o ambientales; lo que es apropiado es que se identifiquen riesgos en derechos humanos.

⁶ “Estándares externos” se refiere a estándares que no están actualmente incorporados en la legislación doméstica, tales como aquellos creados por prestamistas, cuerpos internacionales de industria u otras guías o estándares de buenas prácticas reconocidos internacionalmente.

⁷ “Sucesor” se refiere a una entidad que toma y continúa el papel de un inversionista.

estándares externos, en caso de que se presenten; y (3) asegurar que la gobernabilidad del proyecto permite la actualización en estándares en la medida que evolucionan.

Explicación sucinta: Estándares de operación del proyecto:

25. En la mayoría de los países hay una variedad de leyes y políticas que requieren directa o indirectamente que los actos de negocios respeten los derechos humanos, que pueden incluir la no discriminación, trabajo, ambiente, salud, propiedad, minería y anti-soborno. Tales leyes y políticas son una base importante para asegurar la prevención y mitigación del impacto negativo en derechos humanos en el contexto de los proyectos. Sin embargo, los marcos domésticos pueden carecer de leyes y políticas que gobiernen ciertas actividades del proyecto. O es posible que haya vacíos de matices legales tales como la falta de claridad sobre la titulación, ocupación y destinación de la tierra. También puede haber vacíos sobre la capacidad del Estado, aún en donde las leyes y reglamentos existen, impidiendo que tenga los medios para supervisar y asegurar efectivamente el cumplimiento de leyes y políticas domésticas aplicables en los proyectos de inversión.

26. Las deficiencias en las leyes y políticas domésticas y su implementación no son un problema sólo para el Estado y las personas impactadas por los proyectos: crean una situación difícil para los inversionistas dada su necesidad de asegurar que el proyecto se lleva a cabo de manera tal que se prevengan y mitiguen tanto los riesgos para la gente como los resultados mismos del inversionista.

27. Para mitigar tales obstáculos, las partes pueden complementar las leyes domésticas con estándares externos relevantes (como aquellos creados por prestamistas, cuerpos de industria internacionales u otras guías de buenas prácticas reconocidas internacionalmente), e incluirlos explícitamente en el contrato. Esa inclusión puede ayudar a crear expectativas compartidas para los participantes en la inversión y los sub-contratistas, así como proveer visibilidad, predictibilidad y un marco de comparación común de desempeño para los cuerpos externos de interés, tales como prestamistas o aseguradores. También puede ayudar a equipar al Estado con los estándares adecuados para superar sus propios vacíos en leyes domésticas, políticas y capacidad para supervisar el cumplimiento.

28. Para ser efectivos, las partes deben asegurar que los estándares externos suplementarios son apropiados para el contexto local. Por ejemplo, las buenas prácticas de otro Estado en estándares técnicos para la explosión controlada pueden ser inútiles en un Estado en el que las técnicas de construcción son diferentes.

29. Además, en la medida en que empresas sucesoras y subcontratistas pueden involucrarse en el proyecto en diferentes etapas de su ciclo de vida, las partes deben asegurar que los estándares relevantes, incluyendo cualquier estándar externo, también aplican a esas entidades.

30. El contrato debe indicar cómo se asegura la supervisión del cumplimiento de los estándares suplementarios orientados a la protección de los derechos humanos. En particular, las agencias relevantes del Estado deben estar equipadas con el conocimiento y el entrenamiento para supervisar el cumplimiento con todo el espectro de estándares incluidos en el contrato. Por ejemplo, si el contrato -alineado con los estándares internacionales de préstamos- requiere valoraciones de impacto social y ambiental antes de iniciar actividades relevantes, el Estado debe asegurar que tiene la capacidad y la efectividad para revisar, evaluar y tomar acción adecuada y a tiempo en estas valoraciones. Si el Estado en un momento determinado carece de la capacidad para llevar a cabo la supervisión, el contrato debe proveer alternativas, así sean temporales, tales como auto reportes u otras verificaciones externas creíbles.

D. Cláusulas de estabilización⁸

Principio 4: En caso de usar cláusulas de estabilización contractual⁹, deberán delinearse con cuidado, de tal manera que la protección otorgada a los inversionistas frente a cambios futuros en la ley no interfiera con los esfuerzos *bona fide* del Estado para implementar las leyes, reglamentos o políticas de manera no discriminatoria con el fin de cumplir con sus obligaciones respecto a los derechos humanos.

Implicaciones clave del principio 4 para las negociaciones:

- Para los inversionistas es legítimo buscar la protección contra cambios arbitrarios discriminatorios de la ley. Sin embargo, las cláusulas de estabilización que “congelan” las leyes aplicables al proyecto o que crean excepciones para los inversionistas con respecto a leyes futuras, no parecen satisfacer los objetivos de este principio en donde se incluyen áreas tales como trabajo, salud, seguridad, el ambiente u otras medidas legales que sirven para que el Estado cumpla con sus obligaciones en derechos humanos.
- Las cláusulas de estabilización, de usarse, no deben contemplar penas económicas u otras para el Estado en el evento de que el Estado introduzca leyes, reglamentos o políticas que: (a) se implementan de manera no discriminatoria, (b) reflejan estándares internacionales, comparaciones o buenas prácticas reconocidas en áreas tales como salud, seguridad, trabajo y ambiente, especificaciones técnicas u otras áreas que sean de importancia para el impacto del proyecto sobre los derechos humanos.
- En donde se usen, se deben diseñar cuidadosamente mecanismos para manejar el impacto material y económico de los cambios no discriminatorios de la ley sobre el inversionista, para mitigar el riesgo al que está expuesto.¹⁰ Tales mecanismos no deberán minar los esfuerzos *bona fide* del Estado para cumplir con sus obligaciones en derechos humanos.

Lista de chequeo recomendada para el principio 4:

- El Estado y el inversionista han entendido la relación entre las cláusulas de estabilización y las obligaciones del Estado acerca de los derechos humanos.
- En donde las partes han acordado el uso de cláusulas de estabilización, el equipo negociador del Estado debe asegurarse de que sean consistentes con las obligaciones del Estado en materia de obligaciones en derechos humanos, significando con esto que no crean obstáculos a los esfuerzos “*bona fide*” del Estado para introducir e implementar leyes, reglamentaciones y políticas de manera no discriminatoria para cumplir sus obligaciones en derechos humanos.
- El inversionista se ha asegurado de que las protecciones contractuales contra cambios futuros en la ley que afecten su inversión no pueden crear obstáculos a los esfuerzos “*bona fide*” del Estado para liberarse de sus obligaciones con respecto a los derechos humanos en una forma no discriminatoria.

⁸ Este texto sobre cláusulas de estabilización tiene que ver sólo con las implicaciones en los derechos humanos que surjan a partir de tales cláusulas; no tiene la intención de ser una guía en ningún otro tema relativo a la estabilización.

⁹ “Cláusulas de estabilización” se refiere a cualquier cláusula que considere los cambios en la ley durante el término del contrato, incluyendo aquellos que buscan mantener el “equilibrio económico” del proyecto o aquellos que congelan la ley aplicable al proyecto. “Equilibrio económico” se usa para referirse a aquellas cláusulas que buscan una indemnización o compensación del Estado pagada de una u otra manera para compensar los costos de cumplir con los cambios en la ley.

¹⁰ Por ejemplo, en el caso de industrias con tarifa fija, las medidas deben definirse para ayudar a manejar el impacto de los costos asociados con la implementación de nuevas leyes relativas a las dificultades particulares de la industria y de una estructura de tarifas fija.

- El inversionista ha anticipado en su propio plan de proyecto que las leyes, políticas y reglamentos aplicables relativos a derechos humanos pueden evolucionar durante el ciclo de vida del proyecto y que esto ha sido considerado en su proyecto y plan financiero.

Explicación sucinta: Cláusulas de estabilización:

31. Las cláusulas de estabilización tienen por objeto mitigar el riesgo que corre el inversionista a partir de cambios en la ley. No todos los contratos proveen tales provisiones, pero la investigación muestra que donde existen, la amplitud de su aplicación y sus provisiones para mitigar el impacto de la nueva ley sobre el inversionista varían grandemente.¹¹

32. Los inversionistas ven la previsibilidad y consistencia financiera como una de sus principales preocupaciones, ya que la mayoría de las inversiones son de largo plazo y no son reversibles por naturaleza. Esto los hace vulnerables a cambios en las reglas que gobiernan los proyectos en el tiempo. Por ejemplo, los proyectos de minería están atados a la localización de los recursos naturales y mucha de su infraestructura de extracción es inamovible, a tal punto que los inversionistas que exploran en busca de minerales o petróleo son particularmente vulnerables a cambios unilaterales de las reglas locales después de haber tomado el riesgo de inversión inicial. En las industrias de tarifa fija, el inversionista puede estar limitado a cómo puede absorber los costos de nuevas leyes o reglamentos, de manera que ellos ven la mitigación de este riesgo como de particular relevancia.

33. Los prestamistas en proyectos de inversión ven las cláusulas de estabilización como una forma de obtener cierto beneficio del proyecto, tal como la garantía de que el Estado no aprobará leyes que hagan más difícil el repago de un crédito. Particularmente para proyectos con “financiación sin recurso”¹² (esto es, en donde los préstamos se pagarán sólo a partir de los ingresos del proyecto), las cláusulas de estabilización pueden considerarse importantes. Algunos Estados ven las cláusulas de estabilización como una forma de proveer seguridad con el fin de incentivar la inversión extranjera.

34. De cualquier manera, la investigación comparativa realizada por el Representante Especial mostró que, dependiendo de la forma como se escriba la cláusula de estabilización, puede tener el potencial de reducir excesivamente el espacio que requieren los Estados para cumplir sus obligaciones de derechos humanos. La investigación encontró que muchos de los contratos negociados con gobiernos de países en desarrollo eran (1) típicamente de mucho mayor amplitud en su cubrimiento que aquellos acordados con gobiernos de países desarrollados; y (2) tenían mayor tendencia a incluir excepciones o premios a los inversionistas por cumplir con leyes futuras -aún en áreas directamente relacionadas con derechos humanos tales como salud, protección ambiental, trabajo y seguridad-.

35. Los Estados cumplen sus obligaciones en derechos humanos parcialmente al proponer e implementar medidas legislativas en un espectro amplio de áreas tales como salud, seguridad, trabajo, protección ambiental y no discriminación. Así pues, cuando se usan cláusulas de estabilización, es importante que los Estados mantengan su libertad para adoptar e implementar completamente tales medidas legislativas.

36. Con frecuencia un motivador primario para la inclusión de cláusulas de estabilización en los contratos Estado-inversionista, por parte del inversionista, es lograr predictibilidad en las leyes fiscales y los reglamentos aplicados al proyecto. Las restricciones fiscales han sido sujeto de atención en los últimos años por parte de académicos, asociaciones industriales, sociedad civil y otros, creando la percepción de que han incrementado las demandas de renegociación de los Estados.

37. Cuando los términos fiscales son el motivo de la estabilización, es posible reducir el interés en las cláusulas de estabilización haciendo frente a las preocupaciones fiscales de

¹¹ Ver también *Stabilization Clauses and Human Rights*, disponible en www.ifc.org.

¹² Nota del traductor: *non-recourse financing* en el original en inglés: financiación de largo plazo que se paga sólo con los recursos generados por el proyecto.

ambas partes, inversionistas y Estado. Por ejemplo, es posible determinar que los términos fiscales tengan cierta flexibilidad para ajustarse a condiciones externas durante el ciclo de vida del proyecto, tales como riesgos comerciales en los costos de operación del proyecto, fluctuaciones en los precios de materias primas y cambios en el ambiente de operación de los negocios.¹³ Esta clase de acuerdo, cuando se diseña de manera adecuada, puede proveer al Estado y al inversionista certeza fiscal de largo plazo, reduciendo el interés en las cláusulas de estabilización y su potencial para interferir en el espacio del Estado para fijar políticas que cumplan sus obligaciones en derechos humanos.

38. Adicionalmente, la protección que necesita el inversionista contra cambios discriminatorios o arbitrarios en la ley puede acomodarse para que no interfiera con los esfuerzos *bona fide* del Estado para cumplir sus obligaciones en derechos humanos. En ciertas circunstancias, en particular en los proyectos de tarifa fija, las partes pueden integrar al contrato un número de mecanismos para manejar las consecuencias materiales y económicas de los cambios en la ley. Pueden especificar procesos para facilitar la solución eficiente de incidentes que puedan surgir, tales como una fórmula para la distribución justa del riesgo, o procedimientos y requerimientos para que las partes negocien de buena fe sobre la mitigación del impacto de los cambios legales. Tales medidas de mitigación o procedimientos acordados deben guiarse por las implicaciones clave y la lista de chequeo recomendada arriba y en particular deberán evitar disminuir los esfuerzos del Estado para cumplir *bona fide* sus obligaciones en derechos humanos.

39. Finalmente, si las partes incluyen provisiones de estabilización en los contratos, deberán escribirse con una visión amplia del contexto legal y de otras provisiones del contrato que puedan influenciar la eficacia y pertinencia de la cláusula de estabilización misma. Los factores relevantes incluyen la aplicabilidad potencial de tratados internacionales de inversión y vías relevantes para la resolución de disputas, lo mismo que la selección de la ley aplicable al contrato y las provisiones sobre los métodos de resolución de disputas.

E. “Provisión de bienes o servicios adicionales”¹⁴

Principio 5: Cuando el contrato prevea que el inversionista proveerá servicios adicionales más allá del alcance del proyecto, deberá hacerlo de forma compatible con las obligaciones de derechos humanos del Estado y con las responsabilidades de derechos humanos del inversionista.

Implicaciones clave del principio 5 para las negociaciones:

- La provisión de bienes o servicios adicionales genera el riesgo de que se desdibujen entre las partes los roles, responsabilidades y la transparencia sobre la calidad y sostenibilidad de tales bienes y servicios.
- Los Estados conservan sus obligaciones en derechos humanos cuando contratan con inversionistas la provisión de bienes o servicios adicionales. Las responsabilidades de los inversionistas con respecto a los derechos humanos aplican a la provisión de esos bienes y servicios adicionales.
- Las expectativas que tienen que ver con tales bienes y servicios y su sostenibilidad a través del ciclo de vida del proyecto deben alinearse entre todas las partes relevantes. Se pueden requerir esfuerzos para alinear las expectativas.

¹³ Si las partes están considerando esta idea, al menos tres elementos deben señalarse: (1) las realidades de la capacidad actual y proyectada del Estado para administrar regímenes legales más sofisticados; (2) los retos de ofrecer regímenes no estandarizados y la administración de regímenes creados a propósito para proyectos actuales y futuros del Estado y (3) el impacto del régimen fiscal sobre la velocidad a la que el Estado recibe los ingresos.

¹⁴ “Provisión de bienes o servicios adicionales” se refiere a cualquier bien que provea el inversionista o cualquier servicio que preste para el beneficio del Estado, las comunidades locales u otras personas del Estado en donde estos bienes y servicios no se relacionan con ninguna actividad del proyecto y no constituyen medidas para prevenir, mitigar o remediar el impacto potencial o real del proyecto sobre los derechos humanos.

- La valoración de los riesgos en derechos humanos y el diseño de medidas de prevención y mitigación para los proyectos debe incluir los riesgos provenientes de la provisión de bienes o servicios adicionales por parte del inversionista.

Lista de chequeo recomendada para el principio 5:

- El Estado conoce el costo de requerir bienes o servicios adicionales al inversionista, incluyendo los impactos en tiempo y cantidad de ingresos esperados del proyecto.
- El contrato define claramente los estándares aplicables para la provisión de bienes y servicios adicionales.
- Las partes han acordado cómo se asegurará la sostenibilidad de los bienes y servicios adicionales, de ser relevante, más allá del ciclo de vida del proyecto, y cómo las comunidades e individuos impactados serán informados de los planes de sostenibilidad de esos bienes y servicios.
- Las partes han identificado quién es responsable de asegurar la efectividad de los bienes y servicios adicionales, y de realizar la supervisión adecuada de tales bienes o servicios.
- Los planes de prevención y mitigación de las partes para el impacto sobre los derechos humanos cubren los riesgos que surjan de la provisión de bienes y servicios adicionales por parte del inversionista.
- El contrato requiere que el plan de relacionamiento con la comunidad en el proyecto incluya la participación en lo que tiene que ver con la provisión de bienes y servicios adicionales y la creación y manejo subsiguiente de tales servicios adicionales (ver principio 7).

Explicación sucinta: Provisión de bienes o servicios adicionales¹⁵

40. En algunos casos, el Estado requiere que los inversionistas provean servicios no comerciales o infraestructura, tales como colegios, servicios de salud, caminos y otros que no son esenciales para desarrollar el proyecto o para mitigar los impactos del proyecto. En estos casos, el Estado está contratando efectivamente tales bienes o servicios, pero no por ello renuncia a sus obligaciones frente a los derechos humanos para hacer lo propio.¹⁶ La responsabilidad de los inversionistas al respecto de derechos humanos aplica a la provisión de bienes o servicios aún cuando sean adicionales a la actividad central de negocios del inversionista en el proyecto.

41. Los Estados deberán considerar entonces de manera adecuada la contratación o no de estos bienes o servicios. Primero, deberán verificar que tales acuerdos sean una forma efectiva de cumplir con los derechos humanos dados los detalles específicos de cada caso. Los Estados deben considerar (1) los costos de oportunidad de no llevar a cabo una licitación para obtener tales bienes o servicios; (2) el impacto, si lo hubiere, que los bienes o servicios proveídos por el inversionista puedan tener en la sostenibilidad de tales bienes

¹⁵ No es extraño que los Estados requieran el uso público más amplio de la infraestructura de servicios, tales como electricidad, caminos o líneas férreas que construyan las empresas para el manejo de proyectos. Este tipo de apalancamiento de servicios de infraestructura puede ser una contribución importante para mejorar el disfrute de los derechos humanos y fomentar un desarrollo económico más amplio en la región impactada por el proyecto. Las obligaciones de derechos humanos y responsabilidades de las partes también aplican en este contexto. Sin embargo, apalancar servicios e infraestructura construidas para el proyecto no tiene el mismo riesgo que existe cuando se requiere del inversionista proveer servicios que no están relacionados con su negocio, objetivos del proyecto o experiencia.

¹⁶ Los lineamientos internacionales en estándares de derechos humanos pueden ofrecer comparaciones benéficas y parámetros de desempeño en temas como accesibilidad, posibilidad económica, idoneidad y calidad de los servicios. Por ejemplo ver <http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm>.

o servicios; y (3) el riesgo de que tales acuerdos puedan desdibujar los roles y responsabilidades entre el inversionista y el Estado, en particular en relación con los beneficiarios de dichos bienes o servicios.

42. Si hay bienes o servicios adicionales siendo considerados en una negociación contractual Estado-inversionista, deben revisarse las implicaciones colaterales de derechos humanos durante la negociación. Una falta de claridad desde la perspectiva de los beneficiarios, así como del Estado o del inversionista, puede llevar a expectativas irreales o equivocadas creando resentimientos indeseados. En consistencia con los principios anteriores, las partes deben acordar la aproximación para prevenir o mitigar los riesgos en derechos humanos conectados con la provisión de bienes o servicios adicionales durante el tiempo de la contratación. El contrato debe reflejar expectativas sobre la calidad y efectividad de los bienes o servicios que se provean; acuerdos sobre el cumplimiento de las leyes y los estándares de transparencia aplicables y sobre cómo se manejará la sostenibilidad de los servicios más allá del ciclo de vida del contrato, cuando sea apropiado, por ejemplo, designando un plan de transición del inversionista al Estado o a otro proveedor lo antes posible.

F. Seguridad física del proyecto

Principio 6: La seguridad física de las instalaciones del proyecto o su personal se proveerá de manera consistente con los estándares y principios de derechos humanos.

Implicaciones clave del principio 6 para las negociaciones:

- La provisión de seguridad física para los proyectos de inversión, independientemente de si es privada o estatal, requiere claridad en los planes y responsabilidades y deberá en todo caso llevarse a cabo de acuerdo con principios de derechos humanos y de derecho humanitario reconocidos internacionalmente.
- El nivel de seguridad física previsto para los proyectos deberá considerarse cuidadosamente y, cuando sea necesario proveer seguridad, las partes deben crear protocolos escritos y claros para manejar las provisiones de seguridad, orientados a evitar y mitigar los riesgos en derechos humanos y remediar los abusos que ocurran, incluyendo un mecanismo creíble de reclamos.

Lista de chequeo recomendada para el principio 6:

- El Estado y el inversionista han identificado los riesgos de derechos humanos, así como las responsabilidades civiles y penales involucradas en las provisiones de seguridad física para el proyecto.
- Las partes han acordado protocolos para el manejo e implementación de los servicios de seguridad durante el proyecto que (1) consideran cómo involucrar a los oficiales locales encargados de hacer cumplir la ley y otros oficiales públicos relevantes; (2) consideran cómo coordinar los servicios de seguridad públicos y privados; y (3) están alineados con el derecho internacional de los derechos humanos y con el derecho humanitario relevante para el manejo e implementación de seguridad.¹⁷
- Las partes han acordado que un mecanismo de reclamos del nivel operativo estará disponible para presentar reclamos sobre la provisión de servicios y actividades de seguridad (ver principio 9). Tal mecanismo de reclamos no perjudicará o entorpecerá el acceso a otros mecanismos estatales o no estatales como aquellos proveídos por cuerpos regionales o mecanismos de tratados de Naciones Unidas.

¹⁷ Ver www.voluntaryprinciples.org para los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos. Ver www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm para los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm> para el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

- Las partes han acordado que los planes de relacionamiento con grupos de interés incluirán a comunidades e individuos locales en los temas relativos a seguridad. (ver principio 7).

Explicación sucinta: F. Seguridad física del proyecto

43. Algunos de los abusos más serios en derechos humanos en el contexto de la actividad de negocios ha envuelto personal de seguridad encargado de proteger instalaciones de negocios u operaciones. Este personal de seguridad puede ser policía local, fuerzas armadas o personal de seguridad privada. Los episodios de violencia, especialmente cuando no están seguidos de la investigación apropiada, persecución y reparación para aquellos que han recibido el impacto negativo en derechos humanos, suponen riesgos jurídicos, financieros y de reputación para los Estados y los inversionistas. Los representantes del Estado, los directivos de empresas y eventualmente los inversionistas mismos pueden ser acusados de comportamiento criminal por llevar a cabo o por ser cómplices de abusos en derechos humanos.¹⁸ Así pues, la falta de responsabilidades claras y expectativas relativas a la seguridad física de los proyectos de inversión durante las negociaciones plantea serios riesgos de que todos terminen involucrados.

44. Puede no ser posible identificar todas las necesidades de seguridad en la etapa contractual, y los arreglos de seguridad pueden tener que acordarse con oficiales locales, personal militar y otros que no están involucrados en las negociaciones del contrato. De cualquier manera, los protocolos y aproximaciones para el manejo de la seguridad física en el proyecto deben acordarse en la etapa de contratación y desarrollarse posteriormente durante el ciclo de vida del proyecto.

45. En la identificación de riesgos debe considerarse el perfil actual de seguridad del área en donde se realizará la inversión, así como la migración potencial hacia o desde el área con ocasión del proyecto. Por ejemplo, serán factores relevantes los conflictos étnicos o religiosos existentes o potenciales, la pobreza, los reclamos de tierras no resueltos, la criminalidad, los conflictos sobre los recursos, el terrorismo o la insurgencia política. Las implicaciones de seguridad deberán estar totalmente integradas en la valoración de riesgos y deberán verse reflejadas en el contrato cuando sea apropiado.

46. Basado en las valoraciones iniciales de seguridad, las partes pueden acordar el nivel de las provisiones de seguridad requeridas para el proyecto; las reglas de relacionamiento entre las partes; y cómo se facilitará la participación de los oficiales relevantes, instituciones u organizaciones. Los estándares acordados deben ser compatibles con los estándares de derechos humanos y el derecho humanitario. Los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos y los Principios Básicos para el Uso de Armas de Fuego por parte de Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir Ley y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley son documentos de referencia útiles. Las partes deben también asegurar la disponibilidad de un mecanismo de reclamos en el nivel de proyecto para los acusaciones de daño a las comunidades e individuos locales en el tema específico de provisiones de seguridad (ver principio 9).

G. Participación de la comunidad

Principio 7: El proyecto deberá tener un plan efectivo de participación de la comunidad durante su ciclo de vida desde las primeras etapas.

Implicaciones clave del principio 7 para las negociaciones:

- Tanto el Estado como el inversionista deben ver la participación de la comunidad como un aspecto fundamental en la creación de expectativas comunes para el proyecto, y la mitigación de riesgos para ellos, para el proyecto y para los

¹⁸ Ver los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, doc. A/HRC/17/31 (21 de marzo 2011), principios 17 y 23. Ver también “Aclaración de los conceptos de ‘esfera de influencia’ y ‘complicidad’”, documento de las Naciones Unidas A/HRC/8/16 (15 de mayo de 2008); disponible en <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=484d1ffd2>

individuos y comunidades impactadas por el proyecto.

- El plan de participación de la comunidad debe ser incluyente con líneas claras de responsabilidad. Deberá iniciarse tan pronto como sea practicable.
- La consulta con los individuos y comunidades impactados debe tener lugar antes de finalizar los contratos.
- La publicación de la información acerca del proyecto y sus impactos es parte integral de una participación significativa de la comunidad.
- La historia de esfuerzos anteriores de participación realizada por cualquiera de las partes con la comunidad local en lo que tiene que ver con el proyecto de inversión tiene que ser conocida por ambas partes con el fin de tenerla en cuenta dentro de la planeación.
- Los planes de participación de la comunidad deben estar alineados, por lo menos, con los requisitos domésticos e internacionales. Por ejemplo puede requerirse consentimiento previo, libre e informado o una consulta previa con aquellos potencialmente impactados.

Lista de chequeo recomendada para el principio 7:

- Hasta donde es prácticamente posible, y antes de finalizar el contrato, han sido identificados los individuos y comunidades que serán potencialmente impactados..
- Las partes han acordado el alcance de la participación de la comunidad y han acordado sus papeles respectivos y responsabilidades para estos efectos.
- Las partes han acordado los métodos de comunicar la información relevante sobre sus derechos humanos a las comunidades impactadas, al mismo tiempo que protegen la información que tenga reserva comercial a favor de su propietario.
- Hasta donde es posible durante la etapa de contratación, los planes de participación de la comunidad han contado con recursos apropiados y han sido costeados de manera apropiada.
- Las partes han compartido la información sobre los esfuerzos previos de participación comunitaria en relación con el proyecto y han acordado la forma de compartir la información que se recolectará durante la participación futura de la comunidad.

Explicación sucinta: Participación de la comunidad

47. La participación efectiva y permanente de la comunidad desde las etapas iniciales de los proyectos de inversión se reconoce hoy día ampliamente como una buena práctica mínima para proyectos exitosos. Es la mejor forma de de identificar y entender los impactos negativos potenciales sobre los derechos humanos e identificar medidas efectivas preventivas y de mitigación. La participación efectiva ayuda a manejar las expectativas y promueve la confianza de las comunidades locales -ambas particularmente importantes en el escenario de inversión de largo plazo-.

48. La participación efectiva es incluyente y diseñada para facilitar la participación de todos los individuos y grupos relevantes, prestando atención a diferencias de género y a aquellos con alto riesgo de vulnerabilidad o marginalización. Por ejemplo, en lugares en donde los hombres hablan por el grupo familiar, podría ser más difícil identificar los riesgos específicos para las mujeres. Deben desarrollarse aproximaciones especializadas para entender tales riesgos, que deben explorarse desde las etapas iniciales de ejecución del proyecto. Por ejemplo, en donde las mujeres están encargadas de recoger el agua para la familia, los hombres no identificarán le reubicación de un pozo comunitario como un impacto potencial serio, aunque sea crítico para que las mujeres mantengan la capacidad

de acceder al agua de manera segura cuando sea necesario.

49. Puede ser imposible incluir planeación detallada para la participación en el contrato porque esa participación será desarrollada en parte con entidades y personas que pueden no ser parte en la negociación. Por ejemplo, aquellos individuos y comunidades que serán impactados (ver principio 2) y probablemente las autoridades locales o regionales contribuirán con la creación de planes detallados de participación. De cualquier manera, el Estado y el inversionista pueden definir sus expectativas y responsabilidades para llevar a cabo la participación de la comunidad en el momento del contrato. Por ejemplo, las partes pueden acordar (1) que se desarrollará un plan de participación de manera incluyente antes de que las actividades del proyecto impacten a los individuos o comunidades locales; (2) que las medidas específicas de prevención y mitigación serán desarrolladas, cuando sea posible, con aquellos que estén en riesgo de ser impactados; y (3) un criterio mínimo para participación efectiva.

50. Compartir información sobre la prevención y mitigación de potenciales impactos negativos con individuos y comunidades potencialmente impactados por el proyecto debe verse como parte integral del plan de participación -incluyendo información sobre seguridad, acceso a un mecanismo de reclamos en el nivel del proyecto y los términos de contrato-. La divulgación de los reportes de supervisión, reportes sobre las medidas para prevenir y mitigar los impactos adversos y otra información relevante a los derechos humanos mantendrá a la gente informada acerca del proyecto y cómo puede impactar sus vidas (ver principio 10).

51. En el momento de negociaciones contractuales, el Estado o las autoridades locales pueden haber facilitado ya esfuerzos de participación. Típicamente, los inversionistas se habrán involucrado con individuos y comunidades que potencialmente serán impactados por el proyecto, por lo menos como parte de los estudios preliminares de factibilidad o de debida diligencia. Estas actividades deben comunicarse durante las negociaciones. Las partes deben identificar los esfuerzos que se han realizado para involucrarse con los individuos y comunidades potencialmente impactados por el proyecto, los éxitos o retos de tales esfuerzos, y qué pasos se han tomado que puedan causar preocupación o interés de la comunidad (tales como reasentamientos de personas o planeación de reasentamientos al final de la negociación). Compartir tal información es importante para diseñar los procesos futuros de participación y puede ayudar a ambas partes a ver los riesgos del proceso.

H. Supervisión y conformidad del proyecto

Principio 8: El Estado debe estar en capacidad de supervisar la conformidad del proyecto con los estándares relevantes para proteger los derechos humanos, proveyendo al mismo tiempo a los inversionistas la seguridad necesaria contra interferencias arbitrarias.

Implicaciones clave del principio 8 para las negociaciones:

- Los estándares relevantes para prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos del proyecto en derechos humanos deben acordarse con el fin de que los esfuerzos de supervisión y cumplimiento sean efectivos (ver principio 3).
- El Estado es responsable de asegurar el cumplimiento de tales estándares, mientras que el inversionista es responsable de adherir a los estándares.
- Cuando falte capacidad del Estado para supervisar el cumplimiento del proyecto con tales estándares deben acordarse métodos sustitutos para supervisión y cumplimiento.
- El contrato debe reflejar el derecho del Estado a supervisar el cumplimiento de los estándares relevantes (tales como técnicos, sociales, ambientales, fiscales, financieros y contables) mientras que al mismo tiempo integra garantías al inversionista contra interferencias arbitrarias en el proyecto.

Lista de chequeo recomendada para el principio 8:

- El contrato asigna responsabilidades para el cumplimiento de los estándares acordados.
- El contrato da al Estado los derechos necesarios para asegurar que el inversionista cumple con los estándares acordados, incluyendo asegurarse del acceso del Estado a la información y lugares del proyecto que requiera razonablemente para asegurar el cumplimiento.
- Hay garantías para el inversionista contra interferencias arbitrarias en el proyecto.
- El Estado ha evaluado su capacidad para supervisar el cumplimiento de manera efectiva, identificando vacíos o debilidades.
- El contrato identifica la forma como se mitigarán los vacíos de capacidad para supervisar el cumplimiento en caso de existir, por ejemplo vía requisitos de auto reporte, asistencia externa u otros medios.
- El Estado ha costeado adecuadamente su papel de supervisión del cumplimiento.

Explicación sucinta: Supervisión y cumplimiento

52. Independientemente de las provisiones contractuales, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos humanos y asegurar el respeto de sus leyes. Una forma para que el Estado cumpla esta obligación, es asegurándose del cumplimiento de los estándares del proyecto. Cuando falte capacidad para hacerlos cumplir, los Estados deben considerar obtener experiencia externa. Mientras que esto puede requerir recursos significativos, especialmente para los Estados más pobres, la inversión es dinero bien gastado porque asegurará el logro del rango completo de beneficios económicos y sociales del proyecto. Este esfuerzo puede soportarse a través de cooperación para el desarrollo.

53. El Estado debe asegurar que tiene los derechos apropiados para llevar a cabo el trabajo necesario de supervisión del cumplimiento, tal como derechos de acceso a la información y operaciones del proyecto, sea directamente o a través de terceros. Cuando falte capacidad del Estado, las partes pueden acordar otros métodos, como auto reportes, el uso de supervisión externa y demás. De la misma manera, el contrato debe reflejar la obligación del inversionista de cooperar con el trabajo de cumplimiento. Deben proveerse las garantías necesarias para el inversionista en contra de interferencias arbitrarias del Estado en las operaciones del proyecto.

I. Mecanismos de reclamos para daños no contractuales a terceros

Principio 9: Los individuos o comunidades que no sean parte del contrato, pero que sean impactados por las actividades del proyecto, tendrán acceso a un mecanismo de reclamos extrajudicial efectivo.

Implicaciones clave del principio 9 para las negociaciones:

- El contrato debe asegurar que los individuos y las comunidades que sean impactadas negativamente por el proyecto tienen acceso, en el nivel operacional, a un mecanismo de reclamos que permita que sean considerados en sus etapas iniciales.
- Los mecanismos de reclamos en el nivel operacional no deberán restringir el acceso a otros mecanismos de quejas, estatales o no estatales, incluyendo mecanismos judiciales o mecanismos provistos por prestamistas, tribunales regionales u otros.

Lista de chequeo recomendada para el principio 9:

- El contrato especifica que los individuos y comunidades que digan haber sufrido

daños en el contexto de las actividades del proyecto tengan acceso a un mecanismo extrajudicial efectivo.

- El mecanismo de reclamos se comporta con el criterio de efectividad de los mecanismos extrajudiciales contenidos en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹⁹
- Las partes se han asegurado de que el mecanismo de reclamos no deteriora o restringe el acceso a otros mecanismos estatales o no estatales de reclamo.

Explicación sucinta: Mecanismos de reclamos para daños no contractuales a terceros

54. Aún con las mejores provisiones contractuales y con los mejores estándares disponibles, es probable que un gran proyecto de inversión genere algunas preocupaciones y reclamos entre los directamente afectados acerca del impacto adverso percibido. Estos reclamos pueden evolucionar hacia incidentes de derechos humanos, o si se ignoran o se manejan pobremente, pueden llevar a escalar tensiones y enfrentamientos que terminan generando impacto negativo en los derechos humanos. Es importante tener la forma de identificar y actuar efectivamente sobre estos reclamos. Estos mecanismos de reclamos también son parte de la responsabilidad del inversionista con respecto a los derechos humanos, responsabilidad que requiere que una empresa facilite la reparación de los daños en derechos humanos que contribuye a causar, y que establezca o participe en un mecanismo de reclamos en el nivel operativo para soportar dicho objetivo. En este contexto un “mecanismo de reclamos en el nivel operativo” es un mecanismo que considerará los reclamos relativos específicamente al proyecto de inversión o a las actividades del proyecto.

55. Los mecanismos de reclamos de nivel operativo soportan la identificación de los impactos adversos en los derechos humanos como parte de la diligencia debida del inversionista durante el proyecto.²⁰ También permiten que los reclamos se consideren pronto en busca de impacto adverso y que se reparen directamente por parte del inversionista, previniendo así que los daños se acumulen y escalen (ver principio rector 29).²¹ Tales mecanismos no deberán impedir el acceso a reparación por medio de mecanismos judiciales o por medio de otros procesos extrajudiciales disponibles para individuos y comunidades impactadas por el proyecto.

56. Como parte de sus obligaciones de protección de los derechos humanos, los Estados deben dar los pasos apropiados para asegurar, a través de medios judiciales, administrativos, legislativos u otros que sean apropiados, que cuando ocurra un impacto negativo en derechos humanos en su territorio y/o jurisdicción, aquellos afectados tendrán acceso a reparación efectiva. Además de proveer estos mecanismos estatales, los Estados deben considerar vías para facilitar el acceso a mecanismos efectivos no estatales basados en mecanismos de reclamos (ver principio rector 28).²² Apoyar la inclusión dentro del contrato Estado-inversionista de una provisión de un sistema de reclamos de nivel operativo puede facilitar oportunidades importantes para la reparación temprana -o aún la prevención- del impacto negativo en individuos y comunidades, sin perjuicio de su capacidad para acceder a mecanismos estatales de remediación.

57. Ambas partes pueden entonces avanzar en la eficiencia y efectividad de la reparación de daños si llegan a la negociación: (1) habiendo identificado si existe ya un mecanismo

¹⁹ Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos describen tanto las obligaciones del Estado como las responsabilidades de las entidades de negocio en lo que corresponde a reparación. Ver específicamente los principios rectores 25 - 31 disponible en: <http://www.ohchr.org>

²⁰ Ver Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Documento Naciones Unidas A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011) en principios 17 – 21.

²¹ Ver Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Documento Naciones Unidas A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011) en principio 29.

²² Ver Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Documento Naciones Unidas A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011) en principio 28.

eficiente en el nivel operativo o si tendrá que establecerse específicamente para el proyecto; y (2) con el ánimo de asegurar que el mecanismo de reclamos de nivel operativo esté disponible para los individuos y las comunidades que pueden ser impactadas negativamente por el proyecto, sin perjuicio de su habilidad para acceder a mecanismos estatales. El contrato deberá reflejar la responsabilidad que tienen ambas partes de participar totalmente y de buena fe en el mecanismo.

58. Si no existe un mecanismo efectivo antes de la negociación, las partes deberán asignar las responsabilidades que aseguren que tal mecanismo será creado.

El Principio rector 31²³ define un número de criterios que debe cumplir un mecanismo de reclamos extra judicial para que sea efectivo, que a saber deben ser:

- a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación;
- b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos;
- c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación;
- d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto;
- e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego;
- f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos;
- g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro;

Los mecanismos de nivel operacional también deberían:

- h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

59. Las partes deben ver el mecanismo de reclamos en el nivel operativo como un complemento importante para una participación comunitaria más amplia y un proceso colectivo de negociación en donde sea relevante, pero no como un sustituto para ninguno de ellos.

J. Transparencia/Divulgación de los términos contractuales

Principio 10: Las condiciones del contrato deberán ser públicas; el alcance y duración de excepciones a tal publicidad deberá basarse en una necesidad imperiosa

²³ Ver Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Documento Naciones Unidas A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011) en principio 31.

para ello.²⁴

Implicaciones clave del principio 10 para las negociaciones:

- Los términos contractuales, con excepción de una justificación imperiosa, deben divulgarse de manera accesible y ser vistos como parte del plan de participación de la comunidad en el proyecto.
- Las excepciones a la divulgación de los términos contractuales deberán basarse en razones imperativas de justificación, tales como información comercial propietaria, o información que pudiera directamente impactar la posición de una de las partes en una negociación concurrente o inminente. Las excepciones a esta divulgación deben estar atadas en el tiempo a la justificación imperativa.
- En donde haya excepciones para la divulgación, la cláusula objeto de tal exclusión debe ser identificada indicando la fecha esperada de su divulgación.
- La aplicación de requisitos de divulgación a todos los inversionistas de manera igualitaria puede contribuir a aliviar las preocupaciones de los inversionistas relativas a la competencia.

Lista de chequeo recomendada para el principio 10:

- El Estado ha considerado cómo puede facilitar la divulgación de los términos contractuales, por ejemplo, estandarizando reglas de divulgación para todos los inversionistas.
- Las partes han acordado divulgar los términos del contrato e identificar las excepciones, de haberlas, para cláusulas particulares o temas en los cuales existe justificación imperativa. Las partes han acordado un marco de tiempo razonable durante el cual mantendrán las excepciones confidenciales.
- El contrato requiere que en donde se mantengan cláusulas confidenciales, se divulgue el sujeto materia de la(s) cláusula(s), junto con la fecha esperada de divulgación.
- Si la divulgación de los términos del contrato implica riesgos o costos, se han acordado entre las partes las medidas para manejarlos y mitigarlos antes de finalizar el contrato.
- El contrato delinea la responsabilidad para hacer accesibles los términos del mismo. El contrato requiere publicación teniendo en cuenta posibles barreras de acceso, tales como lingüísticas, tecnológicas, financieras, administrativas, legales u otras restricciones prácticas.

Explicación sucinta: Transparencia/Divulgación de los términos contractuales

60. Los Estados deberán divulgar la información cuando se impacta el interés público -este es el caso cuando se trata de un proyecto de inversión que presenta ya sea alto riesgo o alta recompensa para los derechos humanos-. La divulgación del contrato es una forma en la que el Estado y el inversionista pueden buscar cumplir sus respectivas obligaciones y responsabilidades en derechos humanos. Los Estados pueden facilitar la divulgación estandarizando reglas de divulgación entre los competidores.

61. Puede haber un número de costos asociados con no divulgar. Por ejemplo, el Estado y el inversionista pueden utilizar tiempo y recursos manejando reclamos de la sociedad civil,

²⁴ La divulgación de información relativa al proyecto durante su ciclo de vida permite a la gente tener la información pertinente para ellos y sus derechos humanos. La transparencia en la información del proyecto a través de su ciclo de vida debe considerarse parte del plan permanente de participación de la comunidad (ver principio 7). Iniciativas como EITI (Iniciativa para Transparencia de la Industria Extractiva) y otros estándares de prestamistas ofrecen estándares adicionales que puede usarse como puntos de referencia de utilidad para las partes.

grupos de interés y otras solicitudes de divulgación, o aún campañas pidiendo transparencia. Además, la carencia de divulgación puede contribuir a la pérdida de confianza entre los individuos interesados y las comunidades o aún entre las partes.

62. La divulgación apropiada de los términos del contrato permite que ambas partes se comuniquen transparentemente con aquellos que pueden ser impactados por el proyecto y asegura que las expectativas corresponden con lo que se ha acordado. De esta manera, pueden reducir las sospechas sobre la justicia de los términos contractuales y evitar demandas no realistas. Así, la divulgación de los términos del contrato debe verse como una parte del plan de participación de la comunidad (ver principio 7). La divulgación del contrato también promueve la responsabilidad de las partes de implementar las promesas acordadas en el contrato y notifica a los terceros de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Así pues, la divulgación del contrato puede promover confianza en el proyecto de inversión y en las partes.

63. Mientras que hay razones legítimas para mantener el nivel de confidencialidad durante las negociaciones, mantener provisiones de confidencialidad amplias relativas a los términos de contratos finalizados no satisface los objetivos de este principio. Las excepciones a la divulgación deberán basarse en justificaciones imperativas, tales como información comercial propietaria o información que pueda comprometer la posición de alguna de las partes en una negociación inminente o concurrente. Las partes deben llegar a la negociación con una idea de los tipos de información, si hay algunos, que ellas crean que caen dentro de estos parámetros, junto con el período propuesto para mantener la información confidencial. Cuando los términos del contrato son divulgados, las excepciones deberán identificarse junto con la fecha esperada de terminación de la excepción.

64. Finalmente, la transparencia significativa requiere que la información esté disponible - significando que pueda obtenerse sin barreras administrativas o legales, obstáculos financieros o dilatación discriminatoria del acceso-. Así pues, la divulgación de términos contractuales debe incluir hacerlos disponibles para las partes interesadas, y puede requerir traducción a lenguas locales para hacerlos accesibles sin costo. En algunos contextos, publicar las cláusulas contractuales en Internet será suficiente. En otros, esto no sería apropiado sin asegurarse de que la gente sin acceso a Internet tiene la oportunidad de obtener la información. Hacer que los términos contractuales sean accesibles puede requerir algunos recursos, que deben considerarse una parte integral del costo del proyecto. Antes de cerrar la contratación, las partes deben acordar cómo se divulgarán los términos contractuales de manera accesible.

Anexo I

Las obligaciones de los Estados y las responsabilidades de las empresas en derechos humanos.

“Derechos humanos” es un término colectivo para definir lo que la comunidad internacional ha acordado que son los derechos y libertades fundamentales necesarias para vivir con dignidad. Con frecuencia están garantizados por la ley, incluyendo los tratados internacionales y el derecho consuetudinario.

Los derechos humanos cubren derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales tales como la protección de la vida, libertad y seguridad física del individuo, así como los derechos relativos al lugar de trabajo, la vida familiar, acceso a vivienda, comida, agua, cuidado de salud, educación y participación en la vida cultural. El Estado y las compañías tienen papeles diferentes aunque complementarios *vis-à-vis* en los derechos humanos:

- Los Estados tienen un conjunto amplio de obligaciones legales internacionales de derechos humanos que les implican respetar, proteger (en relación con cualquier tercero) y garantizar los derechos humanos de los individuos en su territorio y/o jurisdicción. En lo que tiene que ver con los abusos de derechos humanos causados por terceros, los Estados tienen el deber de protegerlos contra tales abusos, incluyendo aquellos cometidos por empresas, a través de políticas, reglamentaciones y judicialización;
- Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que en esencia significa actuar con la debida diligencia para evitar que se infrinjan los derechos de otros y hacer frente al impacto negativo en derechos humanos en lo que sea de su competencia.²⁵ Ellas pueden hacer muchas cosas más allá de respetar los derechos que contribuyen al goce de derechos, tales como promover los derechos humanos o contribuir a su cumplimiento, por ejemplo, apoyando programas de salud o educación. Pero estas acciones no compensan una falta de una empresa en el respeto a los derechos humanos cometida en el giro de sus negocios ni equivale a prevenir, mitigar o remediar el impacto adverso en derechos humanos. Por ejemplo, el daño causado por contaminar una fuente de agua no se compensa o cancela de alguna manera porque el proyecto de inversión haya traído también un camino o una escuela a la comunidad.

²⁵ Para una investigación del alcance y patrones de supuesto abuso de derechos humanos por las corporaciones, vea John Ruggie, “Empresas y Derechos Humanos: Encuesta Sobre el Alcance y los Tipos de Presuntos Abusos de los Derechos Humanos Cometidos por Empresas”, UN doc. A/HRC/8/5/add.2 (23 de mayo de 2008), disponible en http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=14100.

Anexo II

Acerca del trabajo del Representante Especial

Este documento ha sido desarrollado por el Representante Especial del Secretario de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos humanos, profesor John Ruggie. El Representante Especial fue designado por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan en 2005 y Ban-Ki-Moon conservó su asignación.

En 2008, el Representante Especial presentó el marco de “Proteger, Respetar y Remediar” (conocido ahora como el Marco de las Naciones Unidas) al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que aclara las responsabilidades de Estados y empresas y provee la base sobre la cual se ha de desarrollar el pensamiento y la acción en el tiempo.

El marco de “Proteger, Respetar y Remediar” se apoya en tres pilares:

- el deber del Estado de proteger contra los abusos de derechos humanos perpetrados por terceros, incluyendo empresas, a través de políticas apropiadas, reglamentación y judicialización;
- la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos de otros y hacer frente los impactos negativos cuando ocurran; y
- dar a las víctimas mayor acceso a reparación efectiva, tanto judicial como extra judicial.

El Marco de las Naciones Unidas pretende trabajar dinámicamente, y ningún pilar puede cargar todo el peso por sí mismo. El deber del Estado de proteger y la responsabilidad empresarial de respetar existen independientemente de cada uno y las medidas preventivas difieren de las de reparación. Aún así, todos pretenden ser parte interactivas de un sistema que se refuerzan mutuamente hacia el avance en el goce de los derechos humanos.

El deber estatal de protección.

El primer pilar es el **deber del Estado de proteger** contra los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluyendo negocios, a través de políticas apropiadas, reglamentación y judicialización. Señala que el Estado tiene el papel primario de prevenir y hacer frente a abusos de derechos humanos relacionados con las empresas. El Representante Especial documentó las bases legales de este deber, la racionalidad de la política y su alcance en sus reportes de 2008 y 2009 al Consejo de Derechos Humanos, disponibles a través de su sitio web.

Aunque los Estados interactúan con las empresas de múltiples formas, muchos actualmente carecen de políticas reglamentarias y de acuerdos para manejar efectivamente la compleja agenda entre los negocios y los derechos humanos. Mientras que algunos Estados se mueven en la dirección correcta, la práctica estatal general muestra vacíos legales y de política substanciales, que con frecuencia traen consecuencias significativas para las víctimas, empresas o el mismo Estado. El vacío más común es fallar en hacer cumplir las leyes existentes. Adicionalmente, la incoherencia legal y política puede resultar de agencias y departamentos que directamente van dando forma a las prácticas de negocios -incluyendo el derecho comercial y la reglamentación de valores, inversión, crédito de exportación, seguros y comercio- trabajando aisladas de las obligaciones en derechos humanos de su propio gobierno y agencias.

También se necesita una mayor coherencia política en el nivel internacional. Los Estados no abandonan sus obligaciones de derechos humanos cuando entran a las instituciones multilaterales que tienen que ver con asuntos relativos a los negocios. Los Estados deben impulsar a estos cuerpos para que institucionalicen políticas y proactivas que promuevan el respeto de los negocios hacia los derechos humanos. Adicionalmente, la creación de capacidad y el incremento de la conciencia a través de tales instituciones puede tener un papel vital en ayudar a los Estados a cumplir su deber de proteger.

El Representante Especial ha propuesto un número de medidas que pueden tomar los Estados para promover el respeto empresarial de los derechos humanos y prevenir el abuso empresarial. Se basan en aclarar la reglamentación general del Estado y de sus funciones políticas; en promover el respeto de los derechos humanos a través de los lazos entre las empresas y el Estado, tal como cuando una agencia estatal provee soporte y servicios sustanciales a una empresa; en apoyar el respeto de los negocios por los derechos humanos en áreas de conflicto; y en asegurar coherencia política en su país y en el exterior. Bajo el principio rector 9, el elemento final incluye que el Estado mantenga un espacio de política doméstica adecuada para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos cuando esté en busca de objetivos de negocio con otros Estados o con empresas de negocios, por ejemplo, a través de tratados de inversión o contratos.

La responsabilidad corporativa de respetar

La **responsabilidad corporativa de respetar** los derechos humanos significa actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos de otros y hacer frente a los impactos negativos sobre los que tengan injerencia cuando ocurran. Existe independientemente de las habilidades y/o interés del Estado de cumplir sus propias obligaciones en derechos humanos, y no las disminuye. Y existe sobre y por encima de su conformidad con leyes nacionales y reglamentos que protejan los derechos humanos.

La responsabilidad de respetar los derechos humanos requiere que las empresas: (a) eviten causar o contribuir con impactos adversos en derechos humanos a través de sus propias actividades y hagan frente a tales impactos cuando ocurran; y (b) busquen la prevención o mitigación del impacto adverso en derechos humanos que esté directamente relacionado con sus operaciones, productos o servicios a través de sus relaciones de negocios, aún si no han causado tales impactos.

Las empresas pueden afectar virtualmente todo el espectro de derechos reconocidos internacionalmente. De ahí que la responsabilidad corporativa de respetar aplica a todos esos derechos (aunque en la práctica, algunos derechos serán más relevantes que otros en industrias y circunstancias particulares). Como mínimo, ello implica revisar la Carta Internacional de Derechos Humanos (compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y los principios relacionados con los derechos fundamentales de la OIT tal como se describen en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Estos son los referentes contra los cuales los otros actores sociales valoran el impacto en derechos humanos de las empresas.

¿Cómo evita una empresa infringir los derechos humanos y mitiga el impacto adverso? Lo que se requiere es una debida diligencia en derechos humanos. La debida diligencia en derechos humanos es un agente potencial de cambio para las empresas: de ser *acusados públicamente* de comportamiento ilegal²⁶ a *saber y mostrar*²⁷. Ser *acusados públicamente* es la respuesta de los interesados externos frente al fracaso empresarial de respeto de los derechos humanos. *Saber y mostrar* es la internalización de ese respeto por parte de las compañías mismas a través de la diligencia debida en derechos humanos.

Las empresas llevan a cabo de manera rutinaria diligencias para cuidarse a sí mismas de riesgos ocultos en una transacción que estudian. Basándose en las características de prácticas bien establecidas y combinándolas con lo que es único para los derechos humanos, el Representante Especial ha puesto los parámetros básicos de un proceso de debida diligencia en derechos humanos. Porque este proceso es útil para que las compañías hagan frente a su responsabilidad frente a los derechos humanos, tiene que ir más allá de sólo identificar y manejar los riesgos materiales para la compañía misma, para incluir el riesgo de que las actividades de la compañía y las relaciones con sus asociados impliquen riesgos a los derechos de individuos y comunidades.

Basado en una declaración de compromiso de respeto a los derechos humanos y apoyo en políticas, los elementos centrales de la debida diligencia en derechos humanos incluyen valorar el impacto real y potencial sobre los derechos, integrar y actuar sobre los hallazgos, supervisar las respuestas y comunicar cómo se hace frente al impacto. Además, cuando las empresas identifiquen

²⁶ *Naming and shaming* en el original en inglés.

²⁷ *Knowing and showing* en el original en inglés.

que causaron o contribuyeron a causar un impacto adverso, deben proveer remedio o cooperar en su remedio a través de procesos legítimos.

Acceso a reparación efectiva

Aun cuando las instituciones operen de manera óptima, pueden existir impactos adversos a los derechos humanos como resultado de las actividades de una compañía; en esos casos las víctimas deben estar en capacidad de buscar reparación. Así, el tercer pilar del Marco de las Naciones Unidas hace frente a la necesidad de proveer acceso a reparación efectiva para aquellos derechos humanos impactados por las actividades corporativas. El Representante Especial se ha enfocado en tres categorías de mecanismos de reclamación a través de los cuales los individuos y las comunidades con reclamos relativos a derechos humanos contra empresas pueden dirigirlos; judicial; extrajudicial estatal; y extrajudicial no estatal.

Se exhorta a los Estados a que consideren un sistema coordinado de reparación a las víctimas de abuso empresarial de derechos humanos, incluyendo tanto opciones judiciales como extrajudiciales cuando sea apropiado. Actualmente el acceso a mecanismos judiciales de reclamos correspondientes a derechos humanos es con frecuencia más difícil en donde hay mayor necesidad de ellos, debido a obstáculos legales y prácticos. Y existe una colcha de retazos de mecanismos extrajudiciales en los niveles nacionales e internacionales.

El mecanismo de reclamación de nivel operativo tiene un papel importante al tener dos funciones clave que también se relacionan con la responsabilidad empresarial de respetar. Primero, sirven como sistema de alarma temprana dándole a las compañías información acerca de sus impactos; segundo, estos mecanismos hacen posible que los reclamos se enfrenten y reparen inmediatamente, previniendo así que el reclamo se multiplique y escale. Adicionalmente, las iniciativas de colaboración entre industrias, grupos multi-actor, u organizaciones internacionales y regionales de derechos humanos pueden complementar los mecanismos de nivel operativo y los estatales. Los mecanismos extrajudiciales, ya sean estatales o independientes, deben cumplir los principios de legitimidad, predictibilidad, compatibilidad de derechos, equidad, transparencia y aprendizaje continuo. Los mecanismos en el nivel de empresa deben además operar a través del diálogo y participación en lugar de que la empresa actúe como juez.

Los Principios Rectores

El Consejo de Derechos Humanos respaldó el Marco por unanimidad en 2008, y le pidió al Representante Especial que proveyera consejo adicional concreto en su puesta en operación. El Representante Especial ha respondido con un conjunto de Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos publicado en marzo de 2011. Los Principios Rectores pretenden entregar por primera vez un estándar global que goce de autoridad para prevenir y hacer frente a los riesgos de impactos negativos en derechos humanos relacionados con actividades empresariales. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considerará el respaldo formal de este texto en su sesión de junio de 2011. Los elementos clave del Marco y los Principios Rectores han sido ya incorporados en la ISO 26000 (el nuevo estándar sobre responsabilidad social adoptado por más del 90% de los miembros de la Organización Internacional de Estándares) y en las Directrices para Corporaciones Multinacionales de la OECD a las cuales se han adherido más de 40 Estados.

Estos Principios Rectores son el resultado de seis años de investigación y consultas extensas a gobiernos, empresas, asociaciones de negocios, sociedad civil, individuos y grupos afectados, inversionistas y otros alrededor del mundo. Ellos esbozan cómo los Estados y los negocios deben implementar el Marco de las Naciones Unidas con el fin de manejar mejor los retos de derechos humanos.

Los Principios Rectores *enfatan los pasos que los Estados deben tomar* para fomentar el respeto de los negocios por los derechos humanos y reducir el riesgo de causar o contribuir a hacer daño en materia de derechos humanos; y constituyen un conjunto de *marcos comparativos para que los interesados sepan y muestren* que respetan los derechos humanos. Los principios están organizados bajo los tres pilares del Marco de las Naciones Unidas descritos anteriormente.

El trabajo en contratos de inversión del Representante Especial

Al inicio de su mandato, el Representante Especial identificó los contratos de inversión como un contexto de exploración importante. En 2007, se asoció con la Corporación Financiera

Internacional para realizar el primer estudio empírico de su clase, comparando cláusulas de estabilización a través de sectores en todas las regiones del mundo buscando su posible implicación en los derechos humanos. Esta investigación sirvió como base para dos años más de investigaciones y consultas sobre contratos e inversión y derechos humanos. Se realizaron consultas formales e informales en Londres, Johannesburgo, Marruecos, Dakar, París, Washington DC y otras ciudades con amplios grupos de interés de todas las regiones del mundo, representando gobiernos, entidades comerciales, instituciones financieras, profesionales y sociedad civil.

El producto de estas extensas consultas fue un respaldo amplio al Representante Especial para que diera más consejo sobre la estabilización, además de sobre otros temas relativos a los derechos humanos y a los contratos de inversionistas con el Estado. En el desarrollo de esta guía, el Representante Especial ha continuado consultando ampliamente con grupos de interés desde todas las perspectivas relevantes para asegurar que son una herramienta útil de aprendizaje para los Estados, inversionistas y otras partes interesadas.

Esta guía representa una forma en la que el Representante Especial está respondiendo a la solicitud del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para proveer visiones y recomendaciones concretas sobre cómo pueden los Estados cumplir su deber de proteger y cómo pueden las empresas cumplir su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

---XXX---

Traducción hecha para el Comité Minero-Energético de Seguridad y Derechos Humanos de Colombia (CME) por Esteban Venegas Dávila. El copyright © del original y de la traducción al español es de la Organización de Naciones Unidas.

Aunque esta traducción fue autorizada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es no oficial: la responsabilidad por la fidelidad respecto del original en inglés es únicamente del CME. Se distribuye sin costo en www.CMEColombia.co

Si tiene comentarios a esta traducción, por favor remítalos a comunicaciones@CMEColombia.co. Le estaremos muy agradecidos.

Bogotá, 9 de julio de 2014.