



PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN RESPONSABLE

INTEGRACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS RELACIONADOS CON LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS NEGOCIACIONES ENTRE ESTADOS E INVERSORES



**Orientación
para los negociadores**



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

**PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN RESPONSABLE
INTEGRACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS
RELACIONADOS CON LOS DERECHOS HUMANOS EN
LAS NEGOCIACIONES ENTRE ESTADOS E INVERSORES
ORIENTACIÓN PARA LOS NEGOCIADORES**



NACIONES UNIDAS

Nueva York y Ginebra, 2015



**NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS**

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Nota

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

*

* *

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una firma de este tipo indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

HR/PUB/15/1

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

© 2015 Naciones Unidas

Derechos reservados en todo el mundo

ÍNDICE

Prefacio.....	1
Introducción.....	3
Acerca de esta orientación	3
Definiciones	4
¿Cuál es el sentido de esta publicación?.....	4
¿Por qué hay que tener en cuenta en la negociación del contrato los riesgos relacionados con los derechos humanos? ..	6
Diez principios fundamentales	7

DIEZ PRINCIPIOS PARA INTEGRAR LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS RELACIONADOS CON LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NEGOCIACIÓN DE CONTRATOS..... 8

1. Preparación y planificación	8
2. Gestión de los posibles efectos negativos sobre los derechos humanos	10
3. Normas de ejecución del proyecto	13
4. Cláusulas de estabilización.....	16
5. “Cláusula de bienes o servicios adicionales”	20
6. Seguridad física del proyecto	23
7. Participación de la comunidad.....	26
8. Vigilancia y cumplimiento de las normas en el marco del proyecto	29
9. Mecanismos de reparación de agravios por daño a terceros	31
10. Transparencia/Publicación de las condiciones del contrato	34

PREFACIO

En el último decenio, la relación entre los derechos humanos y las inversiones internacionales ha pasado de ser un tema reservado a la comunidad de los derechos humanos a ser preponderante en la negociación de inversiones internacionales y ocupar titulares de prensa. La sociedad civil y otras partes interesadas de todo el mundo han expresado preocupación por los riesgos que se ciernen sobre los derechos laborales y otros derechos humanos cuando los tratados de inversión limitan las posibilidades de los Estados de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Se ha prestado especial atención a los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados, componente habitual de los acuerdos internacionales de inversión y que, según se dice, se injieren en la capacidad de los Estados de regular en aras del interés público.

Se han planteado otras preocupaciones desde el punto de vista de los derechos humanos, como que la solución de controversias entre inversores y Estados no sería transparente, los inversores en los acuerdos internacionales de inversión no tendrían que rendir cuentas, el arbitraje no tendría en cuenta los efectos en los derechos humanos y la posibilidad de que indebidamente se destinen fondos públicos de cuantía considerable, destinados a bienes y servicios públicos, para sufragar costas y laudos arbitrales.

Se están buscando vías en los planos internacional, regional y nacional para que la protección de los inversores reconozca y refuerce tanto la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos como la responsabilidad de las empresas de respetarlos.

Ahora bien, los acuerdos internacionales de inversión son tan solo uno de los instrumentos que conforman el régimen regulador de las inversiones internacionales. Constituyen otra pieza importante los contratos entre Estados e inversores, de uso extendido, en particular en países con economías emergentes. En 2007, el Profesor John Ruggie, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, calificó los contratos entre Estados e inversores de importantes instrumentos a través de los cuales los Estados y las empresas podían afrontar los riesgos para los derechos humanos a que dé origen una inversión. A lo largo de cuatro años de consultas con varias partes

interesadas, elaboró los *principios de contratación responsable*¹ con vistas a que las partes que negociaban los contratos entre Estados e inversores pudieran incorporar con mejores resultados en las negociaciones la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos.

Los *principios de contratación responsable* fueron presentados por el Representante Especial al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como adición a los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, Respetar y Remediar"*². El Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

Los *principios de contratación responsable* deben ser leídos junto con los Principios Rectores y aplicados teniendo debidamente en cuenta las obligaciones que impone a los Estados el derecho internacional de los derechos humanos.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) promueve desde 2011 los *principios de contratación responsable* como instrumento concreto que permite encarar algunas de las cuestiones de derechos humanos que suscitan los contratos entre Estados e inversores. El ACNUDH ha elaborado material de formación para facilitar la utilización y comprensión de los *principios*. Este manual, destinado a complementar esa labor presentando una versión de los *principios* de fácil consulta para el lector en un formato que esté más a su alcance, constituye la más reciente de una serie de publicaciones del ACNUDH sobre empresas y derechos humanos³.

¹ "Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores" (A/HRC/17/31/Add.3).

² Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 13.XIV.5.

³ En esta serie, se han publicado hasta la fecha los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, Respetar y Remediar"*; *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: guía para la interpretación* (HR/PUB/12/2); y *Preguntas frecuentes acerca de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 14.XIV.6).

INTRODUCCIÓN

Acerca de esta orientación

Esta publicación describe diez principios fundamentales que contribuyen a incorporar la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en la negociación de contratos de proyectos de inversión entre entidades de Estados receptores e inversores extranjeros. Es el fruto de cuatro años (2007-2011) de investigación y consultas con varias partes interesadas en el marco del mandato del Profesor John Ruggie, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

En el inicio de su mandato, el Representante Especial calificó los contratos de inversión de importantes instrumentos a través de los cuales los Estados y las empresas podían incidir en los efectos de la actividad empresarial en los derechos humanos. En 2007 efectuó, en colaboración con la Corporación Financiera Internacional una comparación de las cláusulas contractuales que apuntaban a ayudar a los inversores a mitigar el riesgo de los cambios en la ley, las llamadas cláusulas de estabilización, en los distintos sectores y en las diferentes regiones y examinar sus posibles consecuencias de derechos humanos⁴. Se trataba del primer estudio empírico en su tipo. Posteriormente, esa labor de investigación sentó las bases para más de tres años de consultas internacionales sobre los efectos de los contratos de inversión en los derechos humanos. El Representante Especial convocó una serie de consultas oficiales y oficiosas y participó en otros foros de debate en Londres, Johannesburgo (Sudáfrica), Marrakech (Marruecos), Dakar, París, Washington, D.C. y otras ciudades con empresas, representantes de Estados, organizaciones de desarrollo, financistas e inversores privados e institucionales, miembros de la sociedad civil, instituciones académicas y profesionales del derecho. Estas consultas no tenían parangón pues reunieron a expertos en derechos humanos, negociadores y otras partes que directamente facilitan y financian los proyectos de inversión.

⁴ "Stabilization clauses and human rights" (2009); puede consultarse en www.ifc.org.

La presente publicación está dirigida específicamente a los negociadores de Estados y empresas con el fin de que los proyectos beneficien a la gente y se tengan debidamente en cuenta sus posibles efectos negativos. También puede resultar interesante para quienes no participan directamente en las negociaciones, como órganos de fiscalización, organizaciones de la sociedad civil, personas y comunidades que pueden verse afectadas por proyectos de inversión, financistas institucionales y privados y aseguradores.

Definiciones

Un “contrato entre el Estado e inversores” es un contrato suscrito por un Estado receptor y uno o más inversores extranjeros. Son pertinentes a los efectos de esta publicación los contratos relativos a la exploración o explotación de recursos, como sucede en los sectores del petróleo, el gas o la minería; grandes proyectos agrícolas; proyectos de infraestructura, como la construcción de autopistas, líneas férreas, puertos o presas o al desarrollo y la explotación de sistemas de agua y saneamiento⁵.

A los efectos de esta publicación, por “Estado” se entiende toda entidad pública, ya sea nacional o local. Por “inversor” se entiende la empresa controlada desde el extranjero que sea parte tanto en la negociación de un contrato entre el Estado e inversores como en el propio contrato resultante. El término “partes” es aplicable tanto al Estado como al inversor o los inversores que participan en la negociación de un contrato entre el Estado e inversores. Se habla de “financistas” para referirse a las organizaciones privadas, públicas o multilaterales que financian proyectos de inversión.

¿Cuál es el sentido de esta publicación?

Toda empresa puede tener efectos positivos y negativos sobre las personas y los derechos humanos, es decir, sobre los derechos y libertades proclamados

⁵ Aunque estos principios pueden ser pertinentes para cualquier sector, no se han incluido algunos aspectos de los contratos de prestación de servicios o suministro. Por ejemplo, esta publicación no abarca los derechos humanos y las cuestiones contractuales de las estructuras tarifarias o las cuestiones de suministro de servicios públicos, como agua o electricidad.

en acuerdos de la comunidad internacional como necesarios para que las personas vivan con dignidad⁶.

Entre los ejemplos de efectos positivos cabe mencionar mejores servicios básicos, oportunidades laborales y la generación de ingresos que pueden ayudar a los Estados a prestar y mantener los servicios. Los efectos negativos son, entre otros, el desplazamiento temporal o permanente de personas sin haberlas consultado o indemnizado debidamente y los daños o trastornos ambientales que pueden redundar en desmedro del suministro de alimentos y agua, de los medios de vida o de lugares o recursos de importancia cultural.

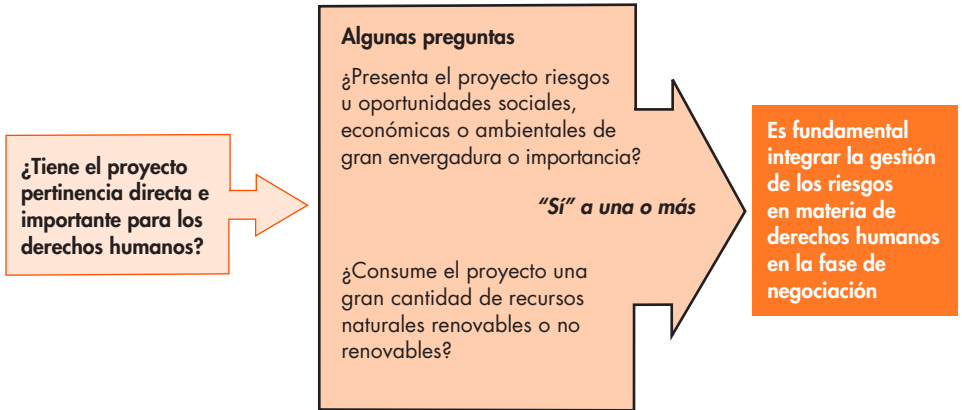
Los Estados y los inversores han aprendido de su experiencia que, si no tienen en cuenta los efectos negativos en los derechos humanos, los proyectos comerciales corren grandes riesgos y sus posibles beneficios para la sociedad se reducen. En algunos casos, sus efectos negativos en los derechos humanos han dado lugar a costosos litigios civiles y penales; problemas financieros, como atrasos en el diseño, la elección de la ubicación, la obtención de las licencias necesarias, la construcción, la explotación o la entrada de los ingresos previstos; relaciones difíciles con el mercado laboral local y costos más altos en concepto de financiación, seguros y garantías; así como a perjuicios ocasionados por la pérdida de confianza, el deterioro de la reputación y la cancelación de proyectos.

Algunos proyectos presentarán un mayor potencial para generar efectos directos y notables, ya sean positivos o negativos, en los derechos humanos que otros. En particular, es probable que así ocurra con los proyectos a largo plazo que conllevan riesgos u oportunidades sociales, económicas o ambientales de gran envergadura o importancia o que consumen una gran cantidad de recursos naturales renovables o no renovables (véase el gráfico I).

Si bien los riesgos relacionados con los derechos humanos siempre se deben tener presentes en el contexto empresarial, en los casos enumerados resulta imprescindible hacerlo en la negociación del contrato o acuerdo que establezca o rijga el proyecto. Se contribuirá así a la sostenibilidad y el éxito del proyecto.

⁶ Véanse, por ejemplo, los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, Respetar y Remediar"*.

Gráfico I



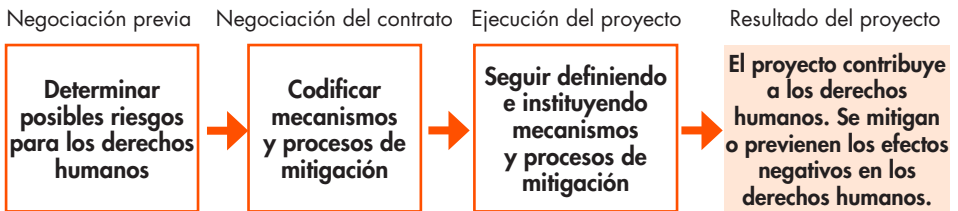
¿Por qué hay que tener en cuenta en la negociación del contrato los riesgos relacionados con los derechos humanos?

La experiencia de Estados e inversores pone de manifiesto las ventajas de contemplar los riesgos para los derechos humanos desde las fases iniciales, antes de que se pongan en marcha los proyectos y se manifiesten los efectos negativos. La negociación es el momento oportuno para aclarar las expectativas y las responsabilidades de las partes respecto de los riesgos de toda índole, en particular los que guardan relación con los derechos humanos. Asimismo, el hecho de afrontar debidamente los riesgos en materia de derechos humanos incidirá en otras cuestiones contractuales, de manera que lo mejor es tenerlos en cuenta junto con las cuestiones económicas y comerciales. Por último, si se tienen en cuenta los derechos humanos desde un primer momento, los Estados tendrán en el contrato de inversión espacio de política suficiente, en particular para la protección de los derechos humanos, y a la vez se evitará tener que someter reclamaciones relativas al contrato a procesos de arbitraje internacional vinculante.

Tal y como se muestra en el gráfico II, la integración de los derechos humanos en las negociaciones:

- a) Permitirá detectar y tener en cuenta desde el principio posibles efectos negativos del proyecto de inversión en los derechos humanos;
- b) Ayudará a delimitar claras funciones y responsabilidades en la prevención y mitigación de los posibles efectos y en la forma de subsanarlos cuando se manifiesten;
- c) Ayudará a las partes a hacer las evaluaciones necesarias y a asignar el costo de prevenir, mitigar y subsanar efectos negativos en los derechos humanos;
- d) Facilitará la cooperación y la gestión eficaz de las cuestiones que se planteen a lo largo de la vida del proyecto;
- e) Aumentará los beneficios generales del proyecto, incluidos los relativos a los derechos humanos.

Gráfico II: Integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones



Diez principios fundamentales

En la presente publicación se presentan diez principios que ayudan a los Estados e inversores a integrar la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en la negociación de contratos de proyectos de inversión, junto con sus consecuencias más importantes y una lista de comprobación recomendada para dichas negociaciones.

Estos principios, si bien constituyen un punto de partida para integrar en mayor medida las cuestiones de derechos humanos en la fase de negociación de los proyectos suscritos por Estados e inversores, no son sustituto de la experiencia profesional en materia de derechos humanos.

DIEZ PRINCIPIOS PARA INTEGRAR LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS RELACIONADOS CON LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NEGOCIACIÓN DE CONTRATOS

1. PREPARACIÓN Y PLANIFICACIÓN

Principio 1: Las partes deben prepararse adecuadamente y estar en condiciones de abordar durante las negociaciones los efectos de los proyectos en los derechos humanos.

Consecuencias más importantes:

- El Estado debe iniciar la negociación con una idea clara de la relación que guardan los objetivos, las posibilidades y los riesgos del proyecto con su propia obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.
- Los inversores, por su parte, deben acudir a la negociación con una idea clara del tipo de relación existente entre los objetivos, las posibilidades y los riesgos asociados al proyecto y su responsabilidad de respetar los derechos humanos.
- Las partes deben entrar en la negociación con el objetivo de que se prevengan, mitiguen o subsanen los efectos negativos en los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto, incluso si el propio Estado es un inversor o es beneficiario de los ingresos del proyecto o se dan ambas cosas.
- Las partes deben iniciar la negociación con la información apropiada y la posibilidad de contar con la pericia y el apoyo necesarios para alcanzar esos fines, que deben quedar reflejados en la agenda de la negociación.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ El equipo negociador del Estado tiene el cometido de llegar a un acuerdo de proyecto que a) sirva para asegurar los posibles efectos positivos en los derechos humanos y b) contribuya a la protección efectiva de los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto.

- ✓ El equipo negociador del inversor tiene el cometido de llegar a un acuerdo de proyecto en que se respeten los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto.
- ✓ Ambas partes pueden recurrir a conocimientos técnicos que les permiten decidir con fundamento cuál es la mejor forma de asignar las responsabilidades de prevenir, mitigar y subsanar los efectos negativos del proyecto en los derechos humanos. Por ejemplo, ambas partes entienden las posibles consecuencias financieras y jurídicas de las distintas opciones propuestas por cada una de ellas.
- ✓ Las partes se han asegurado de que la agenda de la negociación recoja sus respectivas obligaciones o responsabilidades en materia de derechos humanos.

Explicación sucinta:

Los Estados pueden capitalizar todos los beneficios que pueden arrojar los proyectos de inversión si disponen de los conocimientos y la capacidad necesarios para tener en cuenta los efectos en los derechos humanos a la par de los aspectos económicos. Para ello, hay que enunciar e integrar debidamente en la negociación del contrato las consideraciones de derechos humanos.

Los ministerios, los organismos y demás autoridades competentes en cuestiones relacionadas con los derechos humanos, como la sanidad, la educación, la vivienda, el medio ambiente y la justicia, deben intervenir desde las etapas iniciales de la planificación por el Estado de un proyecto de inversión o de su participación en él. Los Estados pueden facilitar su planificación de la negociación de cada proyecto si identifican los beneficios que puede reportar para los derechos humanos y los riesgos para estos que puede acarrear. Por ejemplo, los proyectos de infraestructura o minería pueden impulsar el desarrollo económico de una zona, crear oportunidades de trabajo o ampliar las posibilidades de obtener alimentos, atención de la salud u otros servicios de primera necesidad. Los proyectos también pueden generar el desplazamiento de personas, con lo que se corre el peligro de que se empobrezcan más y tengan más dificultades para obtener alimentos, medios de sustento y atención de la salud.

Los inversores deben integrar el principio del respeto por los derechos humanos en el proyecto desde su concepción, lo que debe reflejarse en las negociaciones del contrato, y a lo largo de la vida del proyecto. Para ello tal vez sea necesario incorporar expertos en derechos humanos, en particular si se desea que los equipos negociadores cuenten con apoyo.

Ambas partes necesitarán contar con conocimientos especializados, en particular en cuestiones de derechos humanos, a lo largo de la negociación. Estos conocimientos pueden versar sobre aspectos jurídicos, técnicos, financieros y de la banca comercial y de inversiones y son necesarios, por ejemplo, para preparar modelos financieros de manera que las partes puedan sopesar en forma independiente las consecuencias financieras. Las partes deben velar por que sus equipos negociadores dispongan de esos recursos. En el caso de los Estados, estos pueden encontrar apoyo a través de la cooperación internacional o bilateral para el desarrollo.

2. GESTIÓN DE LOS POSIBLES EFECTOS NEGATIVOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Principio 2: Antes de la firma del contrato es necesario esclarecer y establecer un acuerdo sobre la responsabilidad de prevenir y mitigar los riesgos relacionados con los derechos humanos asociados al proyecto y sus actividades.

Consecuencias más importantes:

- Si bien a lo largo de la vida de un proyecto tendría que haber más estudios específicos sobre sus posibles efectos negativos en los derechos humanos, las partes deben ser conscientes de los que sean previsibles a partir de estudios de viabilidad, evaluaciones iniciales de impacto, evaluaciones de debida diligencia u otro documento de preparación del proyecto.
- Las partes deben contar con los conocimientos técnicos adecuados para determinar y gestionar los riesgos relacionados con los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto y antes de que se manifiesten los efectos, ya sea ampliando su capacidad interna u obteniendo recursos externos.

- Es necesario disponer de recursos suficientes y asignarlos de modo tal que se puedan adoptar las medidas necesarias tanto para prevenir como para mitigar los efectos negativos.
- Los planes de prevención y mitigación deben incorporar información y conocimientos obtenidos a través de la interacción con las comunidades que pueden verse perjudicadas.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ El contrato delimita claramente quién tiene la responsabilidad de mitigar los riesgos de efectos negativos en los derechos humanos y de financiar esa labor.
- ✓ Las partes pactan una serie de líneas de base en materia de derechos humanos —indicadores de la efectividad de los derechos humanos antes de que se ponga en marcha un proyecto— o bien convienen en cómo se determinarán esas líneas de base antes de que comiencen las obras del proyecto.
- ✓ Las partes han evaluado su propia capacidad para cumplir con sus responsabilidades relacionadas con la gestión de los riesgos para los derechos humanos según el acuerdo.
- ✓ Las partes se han cerciorado de que dispondrán de financiación para la mitigación en caso necesario, constituyendo mecanismos financieros especiales con estructuras de rendición de cuentas independientes o conjuntas cuando proceda.
- ✓ Antes de suscribir el contrato, las partes han acordado un plan inicial para poner en conocimiento de las personas o comunidades que puedan verse afectadas los riesgos de efectos negativos que entraña el proyecto con el fin de sumarlas a los planes de prevención y mitigación.
- ✓ Si el proyecto prevé un mecanismo financiero especial para las indemnizaciones, se ha llegado a un acuerdo sobre la forma de transmitir información sobre su existencia y su gestión actual a los posibles beneficiarios (véase el principio 7).

Explicación sucinta:

A fin de poder prevenir y mitigar los posibles efectos negativos en los derechos humanos, los Estados deben asegurarse de que se evalúen desde el comienzo del proyecto hasta sus fases finales (por ejemplo, el desmantelamiento, el abandono o la rehabilitación de los emplazamientos). Para el inversor, es importante ultimar una primera evaluación a la mayor brevedad posible, incluso antes de empezar a negociar el contrato, para conocer mejor desde el inicio los posibles riesgos y beneficios del proyecto para la gente.

Para las evaluaciones deben aprovecharse conocimientos técnicos, internos o independientes, de derechos humanos que sean dignos de crédito y celebrarse consultas efectivas con las personas y las comunidades que puedan verse afectadas, así como con otras partes interesadas cuando corresponda.

La legislación nacional o municipal, las normas sobre concesión de préstamos y otras normas externas de referencia pueden imponer determinados requisitos como evaluaciones del impacto en los derechos humanos o de las medidas de prevención y mitigación relacionadas con derechos humanos. Estos requisitos pueden ser parte integrante de las evaluaciones del impacto ambiental y social o de otras evaluaciones de riesgos o pueden ser independientes. Con todo, para que queden claras las funciones y responsabilidades de las partes, el contrato debe delimitar la responsabilidad de: a) evaluar periódicamente los efectos negativos, posibles y reales, en los derechos humanos⁷; b) elaborar y poner en práctica un plan de prevención y mitigación de los posibles perjuicios y c) asegurarse de que haya fondos para estas actividades y de que se administren en la forma prevista.

Las partes pueden estudiar la posibilidad de crear mecanismos financieros especiales con sistemas de rendición de cuentas independiente o conjunta a fin de que haya recursos suficientes para ejecutar los planes de prevención y mitigación cuando sea necesario. Para que los mecanismos sean dignos de crédito, sustentar la buena gobernanza y minimizar el peligro o las denuncias de corrupción, se necesitan transparencia, estructuras apropiadas y una fiscalización de la recaudación y la utilización de los fondos. Los mismos

⁷ La evaluación de los efectos en los derechos humanos no tiene por qué diferir de otros tipos de evaluación, como las de impacto ambiental y social, siempre y cuando resulte idónea para determinar los riesgos para los derechos humanos.

elementos pueden también dar seguridades a las comunidades afectadas de que existen los planes necesarios para prevenir y mitigar los posibles perjuicios y generar confianza en el proyecto.

3. NORMAS DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO

Principio 3: Las leyes, los reglamentos y las normas que rijan la ejecución del proyecto deben facilitar que se prevengan, mitiguen y subsanen los efectos negativos sobre los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto.

Consecuencias más importantes:

- Las partes son conscientes de que hay lagunas en la legislación, la reglamentación y el cumplimiento de la normativa y están dispuestas a determinar si se pueden colmar y en qué forma.
- Las partes deben complementar las leyes, regulaciones y normas de alcance local con normas externas⁸ si estas sirven para prevenir, mitigar y subsanar los efectos negativos en los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ Los negociadores del Estado han consultado a los ministerios u organismos que pueden informarles de las leyes vigentes aplicables a la salvaguardia de los derechos humanos y asesorarles acerca de si son adecuadas respecto de los riesgos que acarrea el proyecto y acerca de la capacidad del Estado para hacerlas cumplir.
- ✓ Las partes han acordado las normas de ejecución necesarias para la protección de los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto, incluidas las normas externas (financieras, industriales, ambientales o de otra índole) necesarias para complementar las leyes o normas nacionales aplicables que guarden relación con los derechos humanos.

⁸ Por “normas externas” se entienden las que no forman parte en la actualidad del ordenamiento jurídico interno, como las fijadas por los financistas o por órganos industriales internacionales y otras buenas prácticas o directrices o normas internacionalmente reconocidas.

- ✓ Las partes se han cerciorado de que todas las normas de ejecución, incluidas las normas externas necesarias para complementar las internas, se aplican a los sucesores⁹ y subcontratistas.
- ✓ Las partes han pactado los métodos para: a) asegurarse de que se cumplan las normas externas pertinentes; b) dirimir los conflictos que surjan entre el derecho interno y las normas externas; y c) que sea posible en el proyecto actualizar las normas a medida que evolucionen.

Explicación sucinta:

En la mayoría de los países, rigen diversas leyes y normas que directa o indirectamente obligan a las empresas a respetar los derechos humanos en sus actividades. Puede tratarse, entre otras, de leyes y normas en materia de no discriminación, empleo, medio ambiente, salud, propiedad, minería o lucha contra el soborno. Estas leyes y normas sientan una base importante para prevenir y mitigar los efectos negativos de los proyectos en los derechos humanos. No obstante, los marcos nacionales pueden carecer de leyes y políticas que regulen determinadas actividades del proyecto. También puede suceder que existan lagunas jurídicas más sutiles, como la incertidumbre con respecto al derecho a ocupar o enajenar tierras. Incluso en el supuesto de que haya leyes y normas en vigor, puede ocurrir que los Estados no tengan capacidad suficiente para vigilar o hacer efectivo su cumplimiento.

Las deficiencias en las leyes y normas nacionales y su aplicación no solo plantean problemas para los Estados y las personas afectadas por los proyectos, sino que también plantean una situación difícil para los inversores, puesto que hay que ejecutar los proyectos de forma tal de prevenir y mitigar tanto los posibles perjuicios para las personas como los riesgos para los propios inversores.

A fin de superar estos obstáculos, las partes pueden complementar las leyes nacionales con normas externas y detallarlas en el contrato, lo cual puede contribuir a generar expectativas compartidas por las partes en la inversión y los subcontratistas, así como a dar visibilidad, previsibilidad y un parámetro común para los órganos externos interesados, como financistas

⁹ Por "sucesor" se entiende toda entidad que asuma y continúe desempeñando las funciones asignadas al inversor.

y aseguradores. De este modo también se puede dotar a los Estados de las normas necesarias para colmar las lagunas en sus leyes y normas nacionales y en la capacidad para vigilar el cumplimiento.

Las partes deben velar por que las normas externas suplementarias sean adecuadas para el contexto local. Por ejemplo, las normas técnicas sobre buenas prácticas en otro Estado para las voladuras en condiciones de seguridad tal vez no sean útiles donde las técnicas locales de construcción sean distintas.

Asimismo, en vista de que puede haber empresas sucesoras o subcontratistas que participen en el proyecto en diferentes fases de su ciclo vital, las partes deben cerciorarse de que también se apliquen a esas entidades todas las normas correspondientes, incluidas las externas.

El contrato debe indicar cómo se velará por el seguimiento y el cumplimiento de las normas adicionales que apunten a proteger los derechos humanos. En particular, los organismos competentes del Estado deben tener los conocimientos y la formación necesarios para poder supervisar en forma digna de crédito el cumplimiento de todas las normas incluidas en el contrato. Por ejemplo, si, de acuerdo con las normas internacionales para el otorgamiento de préstamos, el contrato exige evaluaciones del impacto ambiental y social antes de llevar a cabo actividades importantes, el Estado debe asegurarse de contar con la capacidad para analizar y estudiar debidamente estas evaluaciones y tomar las medidas necesarias y oportunas a que den lugar. Si el Estado no está en ese momento en condiciones de proceder a la supervisión, el contrato debe prever alternativas, al menos temporales, como informes internos o una verificación externa digna de crédito.

4. CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN¹⁰

Principio 4: Si se utilizan cláusulas contractuales de estabilización¹¹, estas deben redactarse cuidadosamente de manera que ninguna medida de protección de los inversores contra futuras modificaciones de la ley interfiera con lo que haga de buena fe el Estado para aplicar las leyes, los reglamentos y las políticas en forma no discriminatoria a fin de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Consecuencias más importantes:

- Los inversores pueden reclamar legítimamente protección frente a las modificaciones de la ley que sean arbitrarias o discriminatorias. Ahora bien, con toda probabilidad las cláusulas de estabilización que “congelan” las leyes aplicables al proyecto o que eximen a los inversores de cumplir futuras leyes no han de cumplir los objetivos de este principio si incluyen aspectos como el empleo, la salud, la seguridad, el medio ambiente u otras medidas legales que contribuyen a que el Estado atienda sus obligaciones en materia de derechos humanos.
- Si se utilizan cláusulas de estabilización, no deben prever sanciones económicas o de otra índole para el Estado en el supuesto de que instituya leyes, reglamentos o políticas que: a) se apliquen sin discriminación alguna y b) recojan normas, parámetros o buenas prácticas internacionalmente reconocidas en ámbitos como la salud, la seguridad, el empleo, el medio ambiente, las especificaciones técnicas u otros campos relacionados con los efectos del proyecto en los derechos humanos.

¹⁰ Esta sección se ocupa exclusivamente de las consecuencias de este tipo de cláusulas para los derechos humanos y no pretende servir de orientación sobre ninguna otra cuestión relacionada con la estabilización.

¹¹ Por “cláusula de estabilización” se entiende toda cláusula relativa a la cuestión de las modificaciones de la ley durante la vigencia del contrato, como las que tienen por objeto mantener el “equilibrio económico” del proyecto y las que congelan la legislación aplicable a un proyecto. El “equilibrio económico” se refiere a las cláusulas que persiguen el resarcimiento o la indemnización de un modo u otro a cargo del Estado por los gastos derivados del cumplimiento de las modificaciones de la ley.

- Si se utilizan cláusulas de estabilización, es preciso establecer cuidadosamente mecanismos que permitan hacer frente a los efectos materiales y económicos que las modificaciones de la ley que no sean discriminatorias tengan para el inversor, con el fin de mitigar los riesgos específicos a que está expuesto. Estos mecanismos no deben ir en contra de lo que de buena fe haga el Estado para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ Las partes tienen clara la relación entre las cláusulas de estabilización y las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.
- ✓ Si las partes han acordado utilizar una cláusula de estabilización, el equipo negociador del Estado debe asegurarse de que sea compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, es decir, que no interponga obstáculos a lo que de buena fe hace para instituir y aplicar leyes, reglamentos o políticas no discriminatorias con el fin de cumplir esas obligaciones.
- ✓ El inversor se ha asegurado de que las salvaguardias contractuales respecto de futuras modificaciones de la ley que afecten a su inversión no dificultan la labor que de buena fe lleva a cabo el Estado para cumplir de manera no discriminatoria sus obligaciones en materia de derechos humanos.
- ✓ El inversor ha previsto que las leyes, los reglamentos y las políticas relacionadas con los derechos humanos que se aplican al proyecto pueden cambiar a lo largo de la vida del proyecto y se ha tenido en cuenta esa circunstancia en la planificación financiera y del proyecto.

Explicación sucinta:

Las cláusulas de estabilización contractual tienen por objeto mitigar los riesgos que los cambios en la ley suponen para los inversores. No todos los contratos de inversión contienen estas disposiciones, pero, en el caso de incluirlas, los estudios indican que la amplitud de su aplicación y de sus disposiciones para mitigar los efectos de las nuevas leyes en los inversores varía enormemente¹².

¹² Véase también "Stabilization clauses and human rights".

Para los inversores, la previsibilidad y la coherencia en la financiación del proyecto son aspectos fundamentales, puesto que la mayoría de las grandes inversiones están concebidas a largo plazo y con carácter irreversible, lo que las hace vulnerables en caso de que se modifiquen las normas que rigen los proyectos con el paso del tiempo. Por ejemplo, los proyectos de minería dependen de la ubicación del recurso natural y una gran parte de la infraestructura de extracción es inamovible, de modo que los inversores que logran explorar la existencia de minerales o petróleo son vulnerables a los cambios unilaterales de las normas locales una vez que han asumido el riesgo inicial de la inversión. En las industrias de tarifa fija, los inversores pueden tener formas limitadas de absorber los gastos derivados de las nuevas leyes o reglamentos, por lo que para ellos la mitigación de los riesgos reviste especial importancia.

Los financistas de proyectos de inversión consideran que las cláusulas de estabilización son una forma de asegurar ciertos beneficios del proyecto, como una garantía de que el Estado no aprobará leyes que dificulten la amortización de los préstamos. Las cláusulas de estabilización se pueden considerar particularmente importantes en los proyectos con financiación sin posibilidad de recurso, es decir, en los casos en que los préstamos se amorticen con los ingresos que genere el proyecto. Algunos Estados estiman que las cláusulas de estabilización sirven para dar garantías que estimulen la inversión extranjera.

Sin embargo, el estudio comparativo que hizo el Representante Especial puso de manifiesto que la cláusula de estabilización, según como esté redactada, puede restringir indebidamente el espacio de política que un Estado necesita para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. El estudio indicó que, en comparación con los contratos suscritos con los gobiernos de países desarrollados, los contratos negociados con gobiernos de países en desarrollo: a) eran normalmente de alcance mucho más amplio; y b) era mucho más probable que se eximiera a los inversores de cumplir futuras leyes o se los indemnizara por ello, incluso en ámbitos directamente relacionados con los derechos humanos, como la salud, la protección ambiental, el empleo y la seguridad.

Los Estados deben respetar las obligaciones de derechos humanos, en parte aprobando y aplicando medidas legislativas en una amplia variedad de

temas como la salud, el empleo, la protección ambiental, la seguridad y la no discriminación. Por consiguiente, si se utilizan cláusulas de estabilización, es importante que los Estados sigan teniendo margen para aprobar y aplicar plenamente las medidas de esa índole.

A menudo, la preocupación de los inversores por la previsibilidad de la legislación y reglamentación fiscal aplicable al proyecto es uno de los motivos fundamentales que llevan a incluir cláusulas de estabilización en los contratos entre Estados e inversores.

En los últimos años, las restricciones fiscales han dado pie a exigencias de renegociación por parte de los Estados.

Si las condiciones tributarias son el factor que empuja a la estabilización, se puede reducir el interés por estas cláusulas atendiendo a las preocupaciones fiscales tanto de inversores como de Estados. Por ejemplo, las condiciones tributarias se pueden formular de modo que haya cierta flexibilidad para ajustarse a las condiciones externas durante la vida del proyecto, como los riesgos comerciales y los costos de explotación del proyecto, fluctuaciones en los precios de las materias primas y cambios en el entorno operacional¹³. Este tipo de acuerdo, debidamente formulado, puede dar a los Estados y los inversores certidumbre fiscal a largo plazo, de modo que se reduzca el interés por las cláusulas de estabilización y, por ende, las posibilidades de que estas interfieran en el margen político que tiene el Estado para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Asimismo, la protección de los inversores frente a cambios arbitrarios y discriminatorios en la ley se puede formular de modo tal que no interfiera en lo que hace de buena fe el Estado para cumplir sus obligaciones de derechos humanos. En determinadas circunstancias, en particular en los proyectos de tarifa fija, las partes pueden incorporar en el contrato diversos mecanismos para tener en cuenta las consecuencias materiales y económicas de los cambios en la ley. Estos mecanismos pueden especificar procedimientos

¹³ Si las partes consideran esta posibilidad, habría que poner de relieve por lo menos tres cuestiones: a) la capacidad real, actual y futura, del Estado de administrar regímenes fiscales más complejos; b) los problemas que supone ofrecer regímenes extraordinarios y administrar regímenes fiscales con una finalidad específica para los proyectos actuales y futuros en el Estado; y c) los efectos de todos los regímenes fiscales en el ritmo con que un Estado percibe ingresos.

para facilitar la solución eficiente y efectiva de las cuestiones que se susciten, como fórmulas para distribuir adecuadamente los riesgos o procedimientos y requisitos para que las partes negocien de buena fe la forma de mitigar los efectos que puedan tener los cambios en la ley. Las medidas de mitigación o procedimientos convenidas deberían guiarse por las consecuencias más importantes y la lista de comprobación recomendada que anteceden y, en particular, no deben ir en contra de lo que de buena fe haga el Estado para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos.

Por último, si los contratos incluyen cláusulas de estabilización, estas deben redactarse teniendo en cuenta el contexto legal más amplio y las demás disposiciones contractuales, que pueden incidir para que la propia cláusula de estabilización sea eficaz y adecuada. Los factores pertinentes son, entre otros, la posible aplicabilidad de los tratados internacionales de inversión, las vías para la solución de controversias, la elección del derecho que ha de regir el contrato y las disposiciones relativas a los métodos de solución de controversias.

5. “CLÁUSULA DE BIENES O SERVICIOS ADICIONALES”¹⁴

Principio 5: Cuando en el contrato se prevea que los inversores presten servicios adicionales, que vayan más allá del alcance del proyecto, estos deberán prestarse de manera compatible con las obligaciones de derechos humanos del Estado y las responsabilidades de derechos humanos de los inversores.

Consecuencias más importantes:

- El suministro y la prestación de bienes o servicios adicionales amenazan con difuminar las funciones, las obligaciones y la rendición de cuentas de las partes con respecto a la calidad y la sostenibilidad.

¹⁴ La “cláusula de bienes o servicios adicionales” hace referencia a los bienes o servicios que el inversor suministre o preste en beneficio del Estado, las comunidades locales u otros integrantes del Estado si no guardan relación con las actividades del proyecto ni constituyen medidas para prevenir, mitigar o subsanar los efectos negativos reales o potenciales del proyecto en los derechos humanos.

- Los Estados mantienen sus obligaciones de derechos humanos cuando contratan con inversores para que suministren otros bienes o presten otros servicios. Los inversores tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos cuando entregan estos bienes o prestan estos servicios.
- Todas las partes deben ajustar las expectativas que generen estos bienes y servicios y su sostenibilidad a lo largo de la vida del proyecto. Tal vez sea necesario tomar disposiciones a esos efectos.
- Al evaluar los riesgos para los derechos humanos y formular las medidas de prevención y mitigación del proyecto hay que incluir todos los riesgos que conlleven estos bienes y servicios adicionales del inversor.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ El Estado es consciente del costo que entrañan estos nuevos bienes y servicios para el inversor, como los efectos en los plazos y en los ingresos que se esperan del proyecto.
- ✓ El contrato fija claramente las normas que se aplicarán a la entrega y prestación de estos bienes y servicios.
- ✓ Las partes han convenido en cómo se asegurará la sostenibilidad de la entrega de bienes y la prestación de servicios una vez concluido el ciclo vital del proyecto, si corresponde, y en cómo se informará de estos planes a las personas y las comunidades afectadas.
- ✓ Las partes han decidido quién asume la responsabilidad de que efectivamente se entreguen los bienes o se presten los bienes o servicios adicionales y de la supervisión y el seguimiento debidos.
- ✓ Los planes de las partes para prevenir y mitigar los posibles efectos negativos en los derechos humanos abarcan todos los riesgos que conllevan la entrega y la prestación de bienes y servicios adicionales por el inversor.
- ✓ El contrato exige que el plan de participación de la comunidad del proyecto contemple esa participación en la entrega de bienes adicionales y la creación y gestión continuas de estos nuevos servicios (véase el principio 7).

Explicación sucinta:

En algunos casos, los Estados piden a los inversores que ofrezcan servicios o infraestructura no comerciales, como escuelas, servicios de salud o carreteras, que no son esenciales para ejecutar el proyecto ni para mitigar sus efectos¹⁵. En estos casos, en realidad el Estado está subcontratando los bienes o servicios, pero no por ello se desentiende de sus obligaciones de derechos humanos¹⁶. El inversor sigue teniendo la responsabilidad de respetar los derechos humanos cuando entrega bienes o presta servicios que son adicionales al proyecto y a su principal giro de negocios.

Por ello, los Estados deben sopesar con cuidado si subcontratan estos bienes y servicios y cómo hacerlo. En primer lugar, deben comprobar que constituya una forma eficaz de hacer efectivos los derechos humanos en las circunstancias del caso. Los Estados deben tener en cuenta: a) el costo de oportunidad derivado de no llamar a una licitación pública para obtener los bienes y servicios; b) los efectos, de haberlos, que los servicios prestados por el inversor puedan tener en la sostenibilidad de la entrega o prestación de los bienes y servicios; y c) los riesgos que esos acuerdos pueden conllevar al difuminar las funciones y responsabilidades del Estado, por una parte, y el inversor, por la otra, en particular en relación con los beneficiarios de dichos bienes y servicios.

¹⁵ No es raro que los Estados impongan una mayor utilización por el público de infraestructura o servicios, como electricidad, carreteras o líneas férreas, establecidos por la empresa a efectos del proyecto. Esta forma de aprovechar servicios o infraestructuras puede constituir una importante contribución al ejercicio de los derechos humanos y promover un mayor desarrollo económico en la región en que tiene lugar el proyecto. También en estos contextos las partes deben respetar sus obligaciones y responsabilidades en materia de derechos humanos. Con todo, el aprovechamiento de servicios e infraestructura construidos para los proyectos no plantea los mismos riesgos que el caso en que los inversores tienen que prestar servicios que no guardan relación con su giro de negocios, los objetivos que pretenden alcanzar con el proyecto y su especialidad.

¹⁶ Las orientaciones que ofrecen fuentes internacionales en el campo de los derechos humanos pueden servir de referencias y parámetros para evaluar los resultados en cuestiones como la accesibilidad, la asequibilidad, la suficiencia y la calidad de los servicios. Véase, por ejemplo, www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx.

Si en un contrato entre el Estado e inversores se contemplan bienes o servicios adicionales, hay que examinar sus consecuencias para los derechos humanos. Si los beneficiarios no tienen claras las respectivas funciones del Estado y del inversor se pueden generar expectativas poco realistas o erróneas, así como animadversión, a pesar de que no era esa la intención. Tal como en el caso de los principios anteriores, al momento de suscribir el contrato las partes deben convenir en los criterios a fin de prevenir o mitigar los riesgos para los derechos humanos relacionados con la entrega o la prestación de bienes o servicios adicionales. El contrato debe aclarar: las expectativas en cuanto a la calidad y la eficacia de los bienes y servicios que se vayan a entregar o prestar; el acuerdo sobre el cumplimiento de las leyes y normas aplicables y la rendición de cuentas y el acuerdo sobre la forma en que se seguirán entregando o prestando una vez concluido el ciclo vital del proyecto, si corresponde, por ejemplo elaborando un plan de transición del inversor al Estado o a otro proveedor a la mayor brevedad posible.

6. SEGURIDAD FÍSICA DEL PROYECTO

Principio 6: La seguridad física de los locales, las instalaciones o el personal del proyecto debe garantizarse de manera compatible con los principios y las normas de derechos humanos.

Consecuencias más importantes:

- La seguridad física de los proyectos de inversión a cargo de servicios de seguridad privados o del Estado exige que haya funciones, responsabilidades y mecanismos de rendición de cuentas claros y, en todos los casos debe respetar los principios internacionalmente reconocidos del derecho humanitario y de los derechos humanos.
- El nivel de seguridad física previsto en los proyectos debe ser objeto de un cuidadoso análisis y, cuando se necesite un servicio de seguridad, las partes deben elaborar protocolos claros para él, a fin de prevenir y mitigar todo riesgo asociado para los derechos humanos y subsanar cualquier abuso mediante, entre otras cosas, un mecanismo de reclamación digno de crédito.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ Las partes han definido los riesgos para los derechos humanos, así como la posible responsabilidad civil y penal, que se deriven de la seguridad física del proyecto.
- ✓ Las partes han pactado protocolos para la administración y prestación de los servicios de seguridad a lo largo del proyecto que: a) especifican cómo participarán las fuerzas del orden locales u otros funcionarios públicos competentes; b) especifican cómo se coordinarán los servicios de seguridad públicos y privados y c) se ajustan a las normas internacionalmente reconocidas del derecho humanitario y de los derechos humanos pertinentes a la gestión y el mantenimiento de la seguridad¹⁷.
- ✓ Las partes han convenido en que habrá un mecanismo de reclamación de nivel operacional que atienda las reclamaciones relativas a los servicios y actividades de seguridad (véase el principio 9). Este mecanismo no limita ni impide la utilización de otros mecanismos de reclamación estatales o no estatales como los que ofrecen los órganos regionales o los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas.
- ✓ Las partes han acordado que los planes de participación de la comunidad incluirán consultas con las personas y las comunidades locales sobre cuestiones relacionadas con la seguridad (véase el principio 7).

Explicación sucinta:

Algunos de los atentados más graves contra los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial han tenido como protagonistas al personal de seguridad (policía local, fuerzas armadas y miembros de la seguridad privada) encargado de proteger las instalaciones o las operaciones de las empresas. Los episodios de violencia, especialmente cuando posteriormente no se investigan, procesan o resarcen debidamente, conllevan riesgos jurídicos, financieros y de reputación para los Estados y los inversores.

¹⁷ Véanse los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (www.voluntaryprinciples.org). Véanse también los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (resolución 34/169 de la Asamblea General).

Representantes del Estado, directivos de empresas y posiblemente los propios inversores pueden ser acusados de actos delictivos por cometer atentados contra los derechos humanos o ser cómplices en ellos¹⁸. Por ello, si durante la negociación no se fijan responsabilidades y expectativas claras en cuanto a la seguridad física de los proyectos de inversión, se generan riesgos para todas las partes.

Tal vez no sea posible determinar todas las necesidades en materia de seguridad al suscribir el contrato y tal vez haya que llegar a un acuerdo con funcionarios locales, personal militar u otras personas que no hayan participado en la negociación de los arreglos de seguridad. No obstante, los protocolos y los sistemas de gestión de la seguridad física del proyecto deben pactarse al suscribir el contrato y desarrollarse a lo largo de su vigencia.

Al definir los riesgos, se debe tener presente el perfil de seguridad actual de la zona en que se llevará a cabo la inversión, al igual que las posibles corrientes de migración con origen o destino en la zona que pueda causar el proyecto. Serán factores pertinentes, por ejemplo, los conflictos étnicos o religiosos en curso o en potencia, la pobreza, las reivindicaciones de tierras no resueltas, la delincuencia, los conflictos por los recursos, el terrorismo y la insurgencia política. Sus consecuencias para la seguridad deben estar plenamente integradas en cualquier evaluación de riesgos y recogidas en el contrato cuando proceda.

A partir de las evaluaciones iniciales de riesgos, las partes pueden llegar a un acuerdo acerca del grado de seguridad que necesita el proyecto, las normas que regirán las relaciones entre las partes y la forma de facilitar la participación de otros funcionarios, instituciones u organizaciones competentes. Estos elementos deben respetar las normas del derecho humanitario y de los derechos humanos. En este sentido, resultan referencias útiles los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Las partes también

¹⁸ Véanse los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, en particular los principios rectores 17 y 23. Véase también "Aclaración de los conceptos de 'esfera de influencia' y 'complicidad'" (A/HRC/8/16).

deben asegurarse de que haya en el proyecto un mecanismo de reclamación en caso de daños y perjuicios causados a personas o comunidades locales por los servicios de seguridad (véase el principio 9) y llegar a un acuerdo acerca de la mejor manera de hacer partícipes de la cuestión concreta de la seguridad a las comunidades locales.

7. PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD

Principio 7: El proyecto debe incluir un plan eficaz de participación de la comunidad durante todo su ciclo vital y desde sus comienzos.

Consecuencias más importantes:

- El Estado y el inversor deben considerar que la participación de la comunidad es un aspecto fundamental para crear expectativas comunes en torno al proyecto y mitigar los riesgos que pueden correr ellos mismos, el proyecto y las personas y las comunidades afectadas por él.
- El plan de participación de la comunidad debe ser inclusivo, trazar líneas claras de responsabilidad y rendición de cuentas y ponerse en práctica en cuanto sea posible.
- Hay que consultar a las personas y las comunidades afectadas antes de ultimar el contrato.
- La participación efectiva de la comunidad exige poner a su disposición información sobre el proyecto y sus repercusiones.
- Cada una de las partes debe tener conocimiento de toda la labor previa llevada a cabo por la otra para hacer partícipe del proyecto de inversión a la comunidad local a fin de tenerla en cuenta en la planificación.
- Los planes de participación de la comunidad deben cumplir cuanto menos con las normas nacionales e internacionales. Por ejemplo, se puede disponer que se consulte a quienes sean afectados por el proyecto u obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ Se han determinado en la medida de lo posible antes de ultimar el contrato las personas y las comunidades que pueden verse afectadas.
- ✓ Las partes están de acuerdo acerca del alcance de la participación de la comunidad y de sus respectivas funciones, responsabilidades y vías de rendición de cuentas a ese respecto.
- ✓ Las partes han convenido en los métodos para comunicar a las comunidades afectadas información importante a los efectos de sus derechos humanos y, al mismo tiempo, salvaguardado adecuadamente la información comercial protegida por derechos de propiedad.
- ✓ Hasta donde ha sido posible, durante la negociación del contrato se han previsto los gastos asociados al plan de participación de la comunidad y se lo ha dotado de los recursos necesarios.
- ✓ Las partes han intercambiado información sobre la labor previa realizada para hacer partícipe del proyecto a la comunidad y han convenido en cómo intercambiarán la información que recaben gracias a los futuros contactos con la comunidad.

Explicación sucinta:

En la actualidad, se reconoce ampliamente que la comunicación efectiva y continua con la comunidad es una buena práctica necesaria para el éxito de los proyectos de inversión. Se trata de la mejor manera de determinar y comprender los posibles efectos negativos para los derechos humanos y de elaborar medidas efectivas para su prevención y mitigación. La participación efectiva contribuye a no defraudar las expectativas y a crear confianza en las comunidades locales, elementos ambos de especial importancia en el contexto de las inversiones a largo plazo.

La participación efectiva es inclusiva y está concebida de manera de abarcar a todas las personas y todos los grupos que corresponda, prestando atención a las diferencias de género y a los que están más expuestos a la vulnerabilidad y la marginación. Por ejemplo, en los lugares en que los hombres hablan en nombre de una familia o un grupo, resultará más difícil conocer los riesgos específicos para las mujeres. Habría que aplicar un planteamiento

especializado para tomar conciencia de esos riesgos, que deben estudiarse desde las primeras etapas de la ejecución del proyecto. Por ejemplo, donde las mujeres se encargan de juntar agua para la familia, puede suceder que los hombres a los que se consulte no consideren que la reubicación de un pozo comunitario tenga consecuencias importantes, en circunstancias de que puede ser fundamental para que las mujeres sigan obteniendo agua en condiciones seguras y cuando se necesite.

Tal vez no sea posible incluir planes de participación detallados en el contrato porque parte de ellos se formularán posteriormente con entidades y personas que no intervienen en la negociación. Por ejemplo, las personas y las comunidades afectadas (véase el principio 2), y quizás las autoridades locales y regionales, contribuirán a la elaboración de planes de participación detallados. Ahora bien, el Estado y el inversor pueden definir mientras negocian el contrato sus expectativas y responsabilidades en la labor de dar participación a la comunidad. Por ejemplo, las partes pueden convenir en: a) que se preparará con un criterio inclusivo un plan de participación antes de que comiencen las actividades del proyecto que afecten a personas y comunidades locales; b) cuando sea posible, se formularán medidas específicas de prevención y mitigación con quienes corren el riesgo de verse afectados; y c) unos criterios mínimos para la participación efectiva.

Como parte del plan general de participación de la comunidad hay que divulgar información sobre la prevención y la mitigación de los posibles efectos negativos entre las personas y las comunidades que pueden verse afectadas e incluir información sobre la seguridad, el recurso a un mecanismo de reclamación en el proyecto y las condiciones del contrato. Al publicar informes de seguimiento, informes sobre las medidas para prevenir y mitigar los efectos negativos y otra información relativa a los derechos humanos, se mantendrá a la gente informada del proyecto y de las posibles consecuencias en sus vidas (véase el principio 10).

Al negociar el contrato, las autoridades estatales o locales ya pueden haber facilitado la labor de participación. Por regla general, el inversor se habrá puesto en contacto con las personas y las comunidades a las que el proyecto puede afectar, al menos como parte de los estudios iniciales de viabilidad o debida diligencia. Hay que poner estas actividades en conocimiento de la otra parte durante las negociaciones. Las partes deberán indicar qué han

hecho para ponerse en contacto con estas personas y comunidades, qué resultados han tenido, con qué problemas han tropezado y qué pasos se han dado que puedan haber suscitado interés o inquietud entre la comunidad, como, por ejemplo, planes de reasentamiento o el reasentamiento antes de la negociación del contrato. Es importante intercambiar este tipo de información para diseñar los futuros procesos de participación de la comunidad y porque puede ayudar a las partes a prever riesgos en el futuro.

8. VIGILANCIA Y CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS EN EL MARCO DEL PROYECTO

Principio 8: El Estado debería estar en condiciones de vigilar que el proyecto cumpla las normas pertinentes de protección de los derechos humanos y, al mismo tiempo, dar a los inversores las garantías necesarias de que no habrá injerencias arbitrarias en el proyecto.

Consecuencias más importantes:

- Debe llegarse a un acuerdo sobre las normas relativas a la forma de prevenir, mitigar y subsanar los efectos negativos del proyecto en los derechos humanos para que la labor de vigilancia y el cumplimiento sean efectivas (véase el principio 3).
- El Estado es responsable de asegurarse de que se cumplan esas normas, mientras que el inversor tiene la responsabilidad de observarlas.
- Si el Estado carece de capacidad para vigilar el cumplimiento de esas normas, habría que convenir en métodos alternativos a tal fin.
- El contrato debe reflejar el derecho del Estado a vigilar el cumplimiento de todas las normas pertinentes, como las técnicas, sociales, ambientales, fiscales, financieras y contables, y, al mismo tiempo, incorporar garantías para los inversores respecto de las injerencias arbitrarias en el proyecto.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ El contrato asigna la responsabilidad de cumplir con las normas de ejecución convenidas.

- ✓ El contrato reconoce al Estado los derechos necesarios para asegurarse de que el inversor cumpla con las normas de ejecución convenidas, como el acceso a la información y a las instalaciones del proyecto que sea razonable a los efectos del control del cumplimiento.
- ✓ Se prevén las necesarias garantías que protejan al inversor de injerencias arbitrarias en el proyecto.
- ✓ El Estado ha evaluado su capacidad de vigilar el cumplimiento efectivo de las normas y ha detectado lagunas o debilidades.
- ✓ El contrato dispone cómo se subsanarán las lagunas en esa capacidad, por ejemplo, mediante obligaciones de presentar informes internos, la asistencia externa u otros medios.
- ✓ El Estado ha estimado debidamente el costo de su función de vigilancia.

Explicación sucinta:

Cualesquiera que sean los compromisos contractuales, los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos y hacer respetar sus leyes. Una forma de cumplir estas obligaciones consiste en que los Estados vigilen que se cumplan las normas de ejecución. Cuando no tuviesen capacidad suficiente para ello, deberían considerar la posibilidad de obtener asistencia externa, lo cual, por más que haga necesario destinar una cantidad considerable de recursos, especialmente en el caso de los Estados más pobres, debería considerarse dinero bien gastado porque servirá para que se materialicen todos los beneficios económicos y sociales del proyecto. A estos efectos se puede recurrir a la cooperación para el desarrollo.

El Estado debe cerciorarse de que se le reconozcan los derechos necesarios para llevar a cabo toda la labor de vigilancia del cumplimiento que haga falta, como derechos de acceso a la información y a las operaciones del proyecto, ya sea directamente o a través de terceros. Si el Estado no dispone de capacidad suficiente, las partes pueden convenir en otros métodos como la presentación de informes internos o el control externo. Del mismo modo, el contrato debe reflejar la obligación del inversor de cooperar en esa labor de vigilancia. Deben darse al inversor las garantías necesarias respecto de las injerencias arbitrarias del Estado en la ejecución del proyecto.

9. MECANISMOS DE REPARACIÓN DE AGRAVIOS POR DAÑO A TERCEROS

Principio 9: Los particulares y las comunidades que sufran los efectos de actividades del proyecto, pero no sean partes en el contrato, deben poder recurrir a un mecanismo no judicial de reparación de agravios que sea eficaz.

Consecuencias más importantes:

- El contrato debe prever que las personas y las comunidades perjudicadas por el proyecto puedan recurrir a un efectivo mecanismo de nivel operacional que permita presentar reclamaciones en una fase inicial.
- Los mecanismos de reclamación de nivel operacional no deben entenderse en perjuicio de otros mecanismos estatales o no estatales, como los judiciales o los que ofrecen financistas, tribunales regionales u otras entidades.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ El contrato dispone que las personas o las comunidades que denuncien haber sufrido algún perjuicio en el contexto de las actividades del proyecto podrán recurrir a un efectivo mecanismo de reclamación no judicial.
- ✓ El mecanismo de reclamación satisfará los criterios de eficacia de los mecanismos no judiciales de reclamación por agravios que figuran en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos¹⁹.
- ✓ Las partes se han asegurado de que el mecanismo de reclamación no redundará en perjuicio de otros mecanismos de denuncia estatales o no estatales.

Explicación sucinta:

Por más que se hayan establecido las mejores cláusulas contractuales y normas de ejecución, es probable que los proyectos de inversión de envergadura

¹⁹ Los Principios Rectores describen tanto las obligaciones de los Estados como las responsabilidades de las empresas en materia de reparaciones. Véanse específicamente los principios rectores 25 a 31.

planteen cuestiones o agravios por los efectos negativos que podrían tener para los directamente afectados. Estos agravios pueden suscitar cuestiones relacionadas con los derechos humanos o, si se hace caso omiso de ellos o no se tienen debidamente en cuenta, pueden dar lugar a que se intensifiquen las tensiones y las confrontaciones, lo cual a su vez tiene un efecto negativo en los derechos humanos. Es importante que haya un medio para constatar y resolver de manera efectiva estos agravios. Ello también forma parte de la responsabilidad del inversor de respetar los derechos humanos, lo cual exige a la empresa que facilite el resarcimiento de los daños a los derechos humanos que haya causado o a los cuales haya contribuido y que a tal fin establezca un mecanismo de reclamación de nivel operacional o participe en él. En este sentido, por “mecanismo de reclamación de nivel operacional” se entiende el que conozca de los agravios relacionados específicamente con el proyecto de inversión o las actividades del proyecto.

Los mecanismos de reclamación de nivel operacional contribuyen a definir los efectos perjudiciales para los derechos humanos como parte de la diligencia debida en materia de derechos humanos que debe observar en todo momento el inversor²⁰. Estos mecanismos también permiten que el inversor atienda los agravios y repare las consecuencias negativas, de forma rápida y directa, a fin de evitar daños mayores o una escalada de reclamaciones (véase el principio rector 29). Este tipo de mecanismos no debe obstar a una reparación por vía judicial o por otras vías.

Como parte de su deber de protección de los derechos humanos, los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que, cuando se ocasionen perjuicios a los derechos humanos por la actividad empresarial en su territorio o jurisdicción, los afectados puedan recurrir a mecanismos de reparación eficaces. Además de establecer estos mecanismos, los Estados deberían considerar formas de facilitar el recurso a mecanismos de reclamación no estatales efectivos (véase el principio rector 28). Al incluir en el contrato entre el Estado e inversores una disposición que prevea un mecanismo de reclamación efectivo de nivel operacional, se facilita en gran medida el resarcimiento temprano, o incluso la prevención, de los daños a

²⁰ Véanse los principios rectores 17 a 21.

personas o comunidades, sin perjuicio de que estas puedan recurrir a los mecanismos estatales.

Así, ambas partes pueden facilitar el resarcimiento eficiente y efectivo de los daños si acuden a la negociación: a) habiendo determinado si ya existe un mecanismo efectivo de nivel operacional o si tendrá que implantarse específicamente para el proyecto y; b) con el propósito de poner a disposición de las personas y las comunidades que puedan verse afectadas por el proyecto un mecanismo de reclamación de nivel operacional, sin perjuicio de que puedan recurrir a mecanismos estatales. El contrato debe reflejar también la obligación de las partes de participar plenamente y de buena fe en el mecanismo.

Si no existe ningún mecanismo efectivo, antes de formalizar el contrato, las partes deben asignar la responsabilidad de establecer uno. El principio rector 31 enumera una serie de criterios que deben reunir los mecanismos de reclamación extrajudiciales para ser eficaces, a saber:

- 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.

Las partes deben considerar que el mecanismo de reclamación de nivel operacional es un importante complemento de una mayor participación de la comunidad y los procesos de negociación colectiva, cuando corresponda, pero no un sustituto de ellos.

10. TRANSPARENCIA/PUBLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO

Principio 10: Las condiciones del contrato deben publicarse y el alcance y duración de las excepciones a esa publicación deben obedecer a razones convincentes²¹.

Consecuencias más importantes:

- Las condiciones del contrato deben publicarse de manera que sea fácil consultarlas y considerarse parte del plan de participación de la comunidad en el proyecto (véase el principio 7).

²¹ La publicación de la información relacionada con el proyecto a lo largo de su ciclo vital permite a las personas disponer de información pertinente a ellas y sus derechos humanos. Iniciativas tales como la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas y algunas normas para el otorgamiento de préstamos son referencias útiles en materia de publicación de información.

- Las excepciones a la publicación deben estar justificadas por razones convincentes, como sucede en el caso de la información comercial protegida por derechos de propiedad o la que podría incidir directamente en la postura de una de las partes en una negociación paralela o inminente. Estas excepciones deben mantenerse durante el tiempo estrictamente necesario para atender a esas razones.
- Si rigen excepciones a la publicación de información, debe indicarse la cuestión a que se refieran las cláusulas excluidas, junto con la fecha en que dejará de regir la excepción.
- La aplicación de los requisitos de publicación a todos los inversores por igual puede contribuir a despejar las dudas de los inversores en torno a las posibilidades de competir.

Lista de comprobación recomendada:

- ✓ El Estado ha estudiado cómo puede facilitar la publicación de las condiciones del contrato, por ejemplo, uniformando las normas de publicación con todos los inversores.
- ✓ Las partes han convenido en publicar las condiciones del contrato y han definido las excepciones, si las hubiera. Estas excepciones están previstas para determinadas cláusulas o materias por razones convincentes. Las partes han pactado un período razonable en el que se mantendrá la confidencialidad de las excepciones.
- ✓ El contrato exige que, si se mantienen confidenciales algunas cláusulas, se consigne la materia a que se refieren, junto con la fecha en que dejará de regir la excepción.
- ✓ Si la publicación de las condiciones del contrato acarrea costos o riesgos, antes de formalizar el contrato, las partes han acordado medidas para sufragarlos o mitigarlos.
- ✓ El contrato estipula quién es responsable de que las condiciones sean de fácil consulta. El contrato exige que se publiquen de esa forma, teniendo en cuenta posibles barreras de índole lingüística, tecnológica, financiera, administrativa o jurídica, así como otras limitaciones prácticas.

Explicación sucinta:

Los Estados deben publicar información cuando se vea afectado el interés público; así sucede con los proyectos de inversión que presentan un elevado riesgo o grandes ventajas para los derechos humanos. La publicación del contrato es una de las vías que tienen los Estados y los inversores de cumplir con sus obligaciones y responsabilidades en materia de derechos humanos. Los Estados pueden facilitar la publicación haciendo que las normas en la materia sean uniformes para todos los competidores.

La no publicación puede conllevar una serie de costos asociados. Por ejemplo, el Estado y el inversor tal vez tengan que invertir tiempo y recursos en respuesta a reclamaciones de la sociedad civil, a solicitudes de publicación formuladas por las partes interesadas, entre otros, o incluso a campañas en pro de la transparencia. Asimismo, la no publicación puede llevar a minar la confianza en el proyecto entre las personas y las comunidades interesadas e incluso entre las partes.

La publicación en debida forma de las condiciones del contrato permite a ambas partes mantener una comunicación transparente con quienes se ven afectados por el proyecto a fin de disipar las sospechas acerca de la ecuanimidad de dichas condiciones y evitar que se generen expectativas poco realistas. Así, hay que considerar que la publicación es parte de todo plan de participación de la comunidad (véase el principio 7). La publicación del contrato también propicia que ambas partes sientan la responsabilidad de cumplir las promesas hechas en el contrato y notifica a terceros los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato.

Si bien puede haber razones legítimas que justifiquen un cierto grado de confidencialidad en el curso de las negociaciones, las disposiciones relativas a la confidencialidad de las condiciones contractuales finales que estén expresadas en términos generales no cumplirán los objetivos de este principio. Las excepciones a la publicación deben estar justificadas por razones convincentes, como sucede en el caso de la información comercial protegida por derechos de propiedad o la información que podría perjudicar la postura de una de las partes en una negociación inminente o paralela. Las partes deben presentarse a la negociación con una idea de los tipos de información, de haberlos, que, a su juicio, encajan en estos parámetros y

proponer el período durante el cual la información deberá ser confidencial. Cuando no se publiquen íntegramente las condiciones del contrato, debe consignarse la materia a que se refiere la excepción, junto con la fecha en que dejará de regir.

Por último, para que la transparencia sea real, la información debe ser de fácil consulta, lo que significa que no debe haber barreras jurídicas o administrativas, obstáculos financieros o denegaciones discriminatorias. Por consiguiente, al publicar las condiciones del contrato, se deben poner al alcance de las partes interesadas; es posible, además, que tengan que traducirse a las lenguas propias del lugar y ponerse a disposición del público sin costo alguno. En algunos contextos, tal vez baste con publicar en Internet las cláusulas del contrato. En otros, esta opción no será adecuada si no se asegura que quienes no tienen acceso a Internet tengan también la posibilidad de consultar la información. Para que las condiciones del contrato sean de fácil consulta tal vez se necesiten recursos, que deben considerarse parte integrante de los gastos del proyecto. Antes de concertar el contrato, las partes deben convenir en cómo se publicarán las condiciones para que sean de fácil consulta.



Photos: © shutterstock.com