



El Estado, las Comunidades Indígenas y las Inversiones Extranjeras en el Perú

The State, Indigenous Communities and Foreign Investment in Peru

Yurica Ramos Montes^[*]

Uriel Montes Serrano^[**]

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo analizar si un tribunal internacional de arbitraje puede usar otras normas internacionales de protección a las comunidades indígenas, aparte del derecho aplicable como podría ser un tratado bilateral de inversión. Se encontró una serie de normativas nacionales e internacionales que no están integradas y que tienen un carácter laxo cuando de regular los derechos de las comunidades indígenas y la soberanía de los recursos naturales se trata. Se usó el método de revisión de literatura para su comprensión y análisis. Una de las conclusiones es que el poder regulatorio estatal ha sido materia de estudio en los últimos años y que es clave para el desarrollo de la soberanía de los Estados y la protección de las comunidades indígenas.

Palabras claves: Poder regulatorio del Estado, comunidades indígenas, inversión extranjera, consulta previa, lengua, y educación.

Abstract: This article analyzes whether an international arbitral tribunal can use indigenous communities' international standards of protection, apart from the applicable law in a dispute, such as the bilateral investment treaty (BIT). There are several national and international laws that are not integrated and some of them are not mandatory when it comes to regulating the rights of indigenous communities and the sovereignty of natural

[*] Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Internacional por la American University Washington College of Law y es coordinadora del Concurso de Arbitraje Internacional de Inversiones de esta misma casa de estudios en Washington D.C. Es miembro fundador de Arbitration 360. Ha sido editora de la Revista Jurídica del CIADI y ha trabajado en arbitrajes internacionales bajo las reglas del CIADI, CCI y ICDR. Es consultora legal de Flex Arbitri PLLC. en Washington DC.

[**] Docente e Investigador de la Facultad de Filosofía, Educación y Ciencias Humanas de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Es doctorando en Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

resources. The review method used in this investigation for understanding and analyzing was the literature type. One of the conclusions is that a state regulatory power has been the subject of study in recent years, and it has been a key to the development of State sovereignty and the protection of indigenous communities.

Key words: State power to regulate, indigenous communities, foreign investment, prior consultation, language, and education.

INTRODUCCIÓN

Para incentivar las inversiones dentro del país, el Perú ha venido firmando acuerdos comerciales y tratados bilaterales. Estos tratados brindan estándares internacionales de protección a los inversionistas. Se construyen dentro de un marco normativo y un contexto en el que el Estado se obliga a respetarlos, además de otras obligaciones, nacionales e internacionales, respecto a las comunidades donde se llevan a cabo las inversiones. Es decir, el Estado, ejerciendo su poder regulatorio, y bajo el principio de legalidad debe cumplir normas nacionales e internacionales de protección a las comunidades indígenas.

Sin embargo, en el contexto de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) la mayoría firmados por el Perú, entre los años 1980 y 2000, no mencionan el poder regulatorio del Estado, de manera explícita. Lo que si mencionan o regulan son aquellas medidas que el Estado puede adoptar pero que estas deben ser justificadas.

Son los tratados modernos los que reconocen el poder regulatorio del Estado de manera expresa y, también, plantean obligaciones para los inversionistas antes, durante y después de realizar un proyecto de inversión, como es el tratado Morocco - Nigeria del 2016.

En ese sentido, no solo el Estado tiene obligaciones con las comunidades indígenas, creadas a partir de normas nacionales e internacionales, sino también las entidades privadas o empresas inversoras. Estas podrían estar obligadas a respetar estándares internacionales, como la debida diligencia, la

protección a los derechos de las comunidades indígenas, el respeto de sus derechos a la consulta previa, el derecho a la lengua materna y el derecho a la educación.

Es en este contexto que, en los últimos años, mucho se ha hablado del poder regulatorio del Estado en el marco del arbitraje internacional de inversiones. Por ello, queremos analizar si un tribunal internacional de arbitraje puede usar otras normas internacionales de protección a las comunidades indígenas, aparte del derecho aplicable como es el tratado bilateral de inversión.

MARCO TEÓRICO

Para abordar el tema del Estado, las comunidades indígenas y las inversiones extranjeras en el Perú, proponemos cuatro aspectos que nos ayudarán a comprenderlo: 1) el poder regulatorio del Estado; 2) las obligaciones internacionales frente a las comunidades indígenas de parte del Estado y la debida diligencia de parte de la empresa; 3) por el poder regulatorio en los tratados bilaterales de inversión extranjera (TBIs) firmados por el Perú; y, finalmente, 4) por la potestad del tribunal de arbitraje internacional en la aplicación de normas internacionales para la protección de las comunidades indígenas.

1. El poder regulatorio del Estado

El poder regulatorio con base en el interés público es un derecho consuetudinario de todo Estado soberano. Cabe agregar que existen otros términos para referirse al poder regulatorio como: el poder de policía y el derecho de un Estado a legislar (Douglas, 2009).

En el contexto de arbitraje de inversiones, el poder regulatorio del Estado con base en el interés público está relacionado con el poder del Estado y el derecho que tiene a regular ciertas actividades que afecten el interés público (Wandahl, 2018). Dicho poder regulatorio, muchas veces, interfiere con derechos individuales, como son los derechos de los inversionistas. Sin embargo, que el ejercicio del poder regulatorio constituya una violación de los derechos de los inversionistas dependerá de un análisis de los estándares establecidos en el Tratado Bilateral de Inversiones, aplicable a la disputa.

La mayoría de los TBIs firmados por los países, entre los años 1980 y 2000, no mencionan el poder regulatorio del Estado de manera explícita, sino que reconocen el poder regulatorio del Estado cuando señalan que un Estado puede adoptar medidas, sin ser expropiaciones, salvo que dichas medidas sean justificadas.

Un claro ejemplo es el Perú, ya que en ninguno de sus 34 TBIs se mencionan palabras como actos regulatorios del Estado o poder regulatorio del Estado. Lo que sí se señala en términos generales es que las inversiones de cualquiera de las partes contratantes no podrán ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que tengan efectos equivalentes a la nacionalización o expropiación dentro del territorio de la otra parte contratante, salvo que existan circunstancias que lo justifiquen.

Estas circunstancias de justificación varían de un tratado a otro. Por ejemplo, no será considerado como expropiación cuando sea

por un fin público (Perú- Korea TBI, 1993); por interés social o público (Perú-Switzerland TBI, 1991); por causas de necesidad y utilidad pública o de interés social (Perú-Bolivia TBI, 1993); por las causas expresamente establecidas en las Constituciones nacionales respectivas (Perú-Paraguay TBI, 1994); que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo a ley (Colombia-Perú TBI, 1994); por necesidad pública o interés nacional (Perú-Italia TBI, 1994); por las razones expresamente estipuladas en las Normas Constitucionales de ambas Partes, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal (Cuba-Perú TBI, 2000); por las medidas que se adopten para cualquier fin autorizado por ley, sobre una base no discriminatoria, de conformidad con su legislación (Singapur-Perú TBI, 2003).

En cuanto a los Tratados Libres de Comercio (TLCs), como los tratados firmados por Perú con Canadá, Perú con Estados Unidos o los acuerdos comerciales entre varias naciones, estos incorporan anexos explicando los alcances del «poder regulatorio del Estado» o «los actos regulatorios del Estado».

Tenemos como ejemplo el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico^[1] (CPTPP por sus siglas en inglés), conocido, también, como el TPP-11^[2], del que el Perú es parte. El CPTPP^[3] incorpora un lenguaje que establece que las acciones regulatorias de un Estado no deben considerarse una expropiación indirecta (Ramos, 2022)^[4]. En el anexo

[1] En el siguiente link podrá encontrar diversos documentos sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5672/download>

[2] El TPP se ha convertido en el bloque comercial más grande del mundo, concentrando el cuarenta por ciento del producto bruto interno mundial. Los signatarios representan alrededor del 40 por ciento de la economía mundial y una cuarta parte del comercio mundial. Revisar el siguiente link para mayor información: https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2016/04/TPP%20Serie_s_Part_1.pdf

[3] El TPP ha sido incorporado a través de referencia en el CPTPP. El documento puede ser encontrado en el siguiente link: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5672/download>. Ver también el volumen 100 «la Mujer en el Arbitraje» <http://www.castillofreyre.com/Publicaciones/Arbitraje/1>

[4] Concretamente, los capítulos de Inversión (capítulo 9) y de Excepción (capítulo 29) del TPP contienen un lenguaje que trata sobre el poder regulatorio de un Estado. El capítulo de Inversiones del TPP señala en su

9B establece que no se debe considerar el poder regulatorio del Estado como una expropiación indirecta, siempre y cuando esté diseñada y aplicada para proteger objetivos legítimos de bienestar público^[5].

Dentro de este marco del poder regulatorio del Estado, el Perú ha creado normas nacionales y ha suscrito, ratificado o firmado, normas internacionales de protección a los derechos de los pueblos indígenas, como son el derecho a la consulta previa, la lengua materna, la educación, y otros derechos. Asimismo, adopta medidas regulatorias de carácter administrativo para hacer cumplir el respeto a estos derechos.

En este contexto surge la pregunta de si estos actos regulatorios de parte del Perú, establecidos o no en un tratado, adoptados para la protección de derechos de los pueblos indígenas, deberían ser considerados como una expropiación indirecta o no por parte de un tribunal internacional de arbitraje al someter una disputa ante su jurisdicción. De ser así, surge, también, la pregunta de si este tribunal internacional debería considerar otras obligaciones internacionales de parte del Estado y los inversionistas, respecto a las comunidades indígenas, como parte de su análisis para sostener si hubo o no una afectación a los derechos de los inversionistas.

Por ello, en el siguiente apartado, analizamos cuáles son esas obligaciones de parte del Estado y los inversores.

2. Obligaciones internacionales frente a las comunidades indígenas de parte del Estado y la debida diligencia de parte de los inversionistas

Es necesario mencionar que no solo el Estado tiene obligaciones con las comunidades indígenas, creadas a partir de normas nacionales e internacionales, sino también las entidades privadas o empresas inversoras. Estas podrían estar obligadas a respetar estándares internacionales de protección a los derechos de las comunidades indígenas. Estas obligaciones, tanto para el Estado como para los inversionistas serán analizadas a continuación.

Las obligaciones de un Estado son la aprobación, la adecuación, la implementación y el cumplimiento de normas de protección a los derechos humanos y, por tanto, el de las comunidades indígenas. El Perú, conforme a sus obligaciones, ha adoptado medidas legislativas a nivel nacional en los diversos gobiernos^[6] (Merino, 2018). Asimismo, ha firmado instrumentos internacionales de protección de los derechos de las comunidades indígenas, como es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones

artículo 9.8 sobre Expropiación e Indemnización que: Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación) salvo: a. por causa de propósito público; b. de manera no discriminatoria; c. mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2, 3 y 4; y d. de conformidad con el principio del debido proceso legal.

^[5] Anexo 9-B 3 (b) del capítulo sobre inversiones establece que: (b) *Salvo en circunstancias excepcionales*, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

^[6] El presidente Leguía (1908-12 y 1919-30) promovió el reconocimiento legal de las comunidades indígenas tanto en la Constitución de 1920, como en la legislación con la finalidad de lograr su integración en la sociedad. El presidente Velasco (1968-75) promulgó dispositivos legales para constituir a las comunidades campesinas y nativas, protegiendo la tierra comunal bajo un proyecto de modernización y un modelo cooperativo agrario.

Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)^[7] (Merino, 2018) y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Todas estas son obligaciones que los inversionistas, también, deben cumplir con respeto a los derechos humanos y, consecuentemente, con las comunidades indígenas donde realizan sus actividades. Adicionalmente, existen normas internacionales *soft law* que, si bien es cierto, no son obligatorias, estas vienen siendo adoptadas para su debido cumplimiento por su importante valor legal, y que deben ser cumplidas por las compañías. Una de ellas es el respeto de las normas relacionadas con la responsabilidad social corporativa, los estándares de debida diligencia y las normas de la Corporación Financiera Internacional (IFC sus siglas en inglés).

A través de los años han existido diversas iniciativas, a nivel mundial, para que las empresas participen de manera activa en el respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos de las comunidades donde desarrollan sus proyectos de inversión.

Un ejemplo de estas iniciativas son los principios rectores sobre negocios y los derechos humanos de las Naciones Unidas del 2011^[8]. Los principios rectores proporcionaron, por primera vez, un marco con un reconocimiento y autoridad mundiales que incorpora las obligaciones y responsabilidades de los gobiernos y las empresas comerciales para

prevenir y hacer frente a efectos negativos en las personas afectadas por las actividades empresariales (Naciones Unidas, 2018).

Los principios rectores consagran principios relacionados con la responsabilidad social corporativa. Concretamente, el principio número 15 señala lo siguiente:

A fin de cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deberían contar con políticas y procesos adecuados a su tamaño y circunstancias, entre ellos: a) Un compromiso de política para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de la forma en que abordan sus efectos en los derechos humanos; c) Procesos que permitan remediar los efectos adversos en los derechos humanos que causen o a los que contribuyan. (Naciones Unidas-Principios Rectores sobre Negocios y Derechos Humanos, 2011, p. 16-17)^[9].

El grupo de trabajo sobre empresas y derechos humanos, en su nota informativa emitida el 2018, señala el concepto de la debida diligencia en derechos humanos, la cual debe ser entendida como un proceso de gestión continua del riesgo que una empresa razonable y prudente debe seguir para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo gestiona los impactos negativos sobre los derechos humanos.

^[7] La DNUDPI va más allá al enfatizar que los procesos de consulta deberían dirigirse a obtener el 'consentimiento libre, previo e informado' de los pueblos indígenas y reconocer, expresamente, la necesidad de consentimiento en casos de desplazamiento, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorios indígenas, y el uso u ocupación de propiedad material e inmaterial y del territorio.

^[8] Principios Directivos sobre los Negocios y los Derechos Humanos: Implementando el Marco «Proteger, Respetar y Restaurar» de las Naciones Unidas (Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Cuestión de los Derechos Humanos, las Corporaciones Transnacionales y otros Negocios, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011).

^[9] Principios Rectores sobre los Negocios y los Derechos Humanos: Implementando el Marco «Proteger, Respetar y Restaurar» de las Naciones Unidas (Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Cuestión de los Derechos Humanos, las Corporaciones Transnacionales y otros Negocios, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011).

En este sentido, la debida diligencia en derechos humanos incluye cuatro componentes básicos: «la evaluación de impactos reales y potenciales de los derechos humanos; la integración y acción sobre los resultados; el seguimiento de las respuestas; y la comunicación sobre cómo se gestionan los impactos» (Naciones Unidas-Grupo de trabajo sobre empresa y derechos humanos, 2018, p. 1).

Para una aplicación eficaz de estos principios se creó el Marco para el Informe de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Es la primera guía integral para que las empresas informen sobre cuestiones de derechos humanos en virtud de su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

Cabe mencionar que existen otras iniciativas que también van en la misma línea que las Naciones Unidas. Nos referimos a la Guía de la Debida Diligencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para cadenas de suministro responsables de minerales de zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo. En ella se señala que:

La debida diligencia también puede ayudar a las empresas a garantizar que respetan el derecho internacional y cumplir con las leyes nacionales, incluidas las que regulan el comercio ilícito de minerales al igual que las sanciones de las Naciones Unidas. La debida diligencia basada en riesgos se refiere a los pasos que las empresas deben tomar para identificar y hacer frente a los riesgos reales o potenciales con el fin de prevenir o mitigar sus consecuencias nocivas relacionadas con sus actividades o decisiones de abastecimiento. (OECD, 2016, p. 12)

Asimismo, en la p. 14 señala que, en la práctica, la diligencia debida se estructura en torno a los pasos que las empresas deben tomar para:

Identificar las circunstancias fácticas involucradas en la extracción, el transporte, la manipulación, el comercio, el procesa-

miento, la fundición, el refinado y la aleación, la fabricación o la venta de productos que contienen minerales originarios de zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo; Identificar y evaluar cualquier riesgo real o potencial mediante la evaluación de las circunstancias fácticas en relación con los estándares establecidos en la política de la cadena de suministro de la empresa (consulte la Política Modelo de Cadena de Suministro, Anexo II); Prevenir o mitigar los riesgos identificados mediante la adopción e implementación de un plan de gestión de riesgos. Esto puede resultar en una decisión de continuar el comercio durante todo el curso de los esfuerzos de mitigación de riesgos, suspender temporalmente el comercio mientras se persigue la mitigación de riesgos en curso, o desvincularse con un proveedor, ya sea después de intentos fallidos de mitigación o cuando la empresa considere que la mitigación no es factible o los riesgos son inaceptables. (OCDE, 2016, p. 1)

Establecidas estas obligaciones exigibles tanto al Estado, a través de normas nacionales e internacionales, como a los inversionistas, a través de las obligaciones de debida diligencia, debemos resaltar que existen algunos derechos de las comunidades indígenas relacionados con el ámbito de la inversión pública extranjera. Están involucrados, de manera directa, cuando se desarrolla un proyecto de inversión en el Perú. Los derechos en mención son el derecho a la consulta previa, el derecho a la lengua materna y el derecho a la educación.

a. Derecho a la consulta previa

El derecho a la Consulta Previa e Informada (CLPI) consiste en la obligación que tienen los Estados, de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas respecto a leyes, políticas o decisiones administrativas que pueden afectar sus derechos colectivos. Este derecho está reconocido en nuestra Constitución (Capítulo IV, artículo 89) y en otras normas nacionales e internacionales.

En el ámbito nacional tenemos la Ley de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios del 2011 (Ley 29785) y su Reglamento (DS 001-2012-MC) así como, también, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por tanto, podemos afirmar que no solo es un derecho procedimental, sino que constituye un derecho fundamental para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos (Ramos, 2022).

Este derecho se ha regulado con un estándar mucho más débil, denominado Consulta Previa, el cual, como regla general, «no requiere obtener el consentimiento de los pueblos indígenas sino es solo una consulta» (Merino, 2018, p. 1). Por ello, la «Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas» (Carhuatocto, 2022, p. 57).

En el ámbito internacional, la protección de este derecho fue reconocida por primera vez en el Convenio 169 (C169) de la Organización Internacional del Trabajo (art. 6.1.a y 15)^[10]. También, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI, art. 19 y 32)^[11], la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas u Originarios (Art. 19 y 32) y fue analizado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, cuando en el Perú se lleva adelante una inversión extranjera dentro del territorio de un pueblo indígena, el Estado

está obligado a llevar un proceso de consulta previa, acorde a lo establecido por los marcos normativos internacionales. No será necesario el consentimiento si no se trata de un proyecto a gran escala, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Saramaka y Suriname: «El consentimiento es necesario en los casos de proyectos de inversión o desarrollo a gran escala que tendrían un impacto importante en una gran parte de su territorio» (Merino, 2018, p. 8).

Sin embargo, de tratarse de un proyecto a gran escala, sí sería necesario el consentimiento de la comunidad indígena, ya que la mayoría de estos proyectos de inversión suelen causar impactos importantes en las comunidades indígenas. Es ahí donde el Estado peruano debe cumplir sus obligaciones nacionales e internacionales y, del mismo modo, las empresas encargadas del desarrollo del proyecto de inversión.

Pongamos un ejemplo, si el Estado aprueba una medida administrativa sobre el análisis del impacto Ambiental y por tanto este genere una consulta previa sobre dicha medida ya «que puede ocasionar un determinado proyecto, tomando en cuenta que estos estudios de impacto ambiental tienen información relevante y suficiente sobre los impactos ambientales y sociales que generará el proyecto» (Carhuatocto, 2022, p. 62), y que son parte de las obligaciones internacionales que el Perú debe cumplir respecto a las comunidades indígenas, dicha medida sería legítima ya que sería adoptada dentro del poder regulatorio del Estado. Sin embargo, si dicha medida adminis-

[10] El C169 señala que la consulta previa e informada es un derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de la aprobación de cualquier medida que afecte sus derechos colectivos. Según el Convenio, en general, solo es necesario consultar y no obtener el consentimiento (con la excepción del caso de los desplazamientos fuera de su territorio).

[11] La DNU DPI va más allá al enfatizar que los procesos de consulta deberían dirigirse a obtener el 'consentimiento libre, previo e informado' de los pueblos indígenas,⁴⁷ y reconocer expresamente la necesidad de consentimiento en casos de desplazamiento, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorios indígenas, y el uso u ocupación de propiedad material e inmaterial y del territorio.

trativa no se da respetando un marco legal previsto por un tratado o un acuerdo comercial, es decir que esta medida pueda ser arbitraria e injustificada y por tanto esto podría generar pérdidas económicas millonarias por parte del inversionista, en este context, esta medida podría ser considerada una expropiación indirecta al inversionista, por parte de un tribunal de arbitraje internacional.

b. Derecho a lengua materna

Existe un número significativo de inversiones privadas en el Perú, las cuales están instaladas en los territorios de alguna comunidad campesina, pueblo originario o en aislamiento voluntario. Por ejemplo, tenemos el caso de la unidad minera de Las Bambas en Apurímac; el gas de Camisea en Cusco y el petróleo en Loreto.

En el caso de proyectos que se vayan a realizar en pueblos indígenas u originarios donde el castellano no es la lengua materna, el Estado está obligado a realizar el proceso de la consulta previa «conforme a procedimientos apropiados y adecuados, a través de sus instituciones representativas, garantizando a los miembros de la comunidad, que puedan comprender y hacerse comprender, en los procedimientos legales, facilitándoles intérpretes y medios eficaces» (Carhuatocto, 2022, p. 61). Es decir, que en aquellas comunidades donde el español no es la lengua predominante, el Estado debe asegurar que el proceso de consulta previa sea entendible para las comunidades indígenas, de esta manera sería una obligación brindarles intérpretes o buscar personas que hablen en su lengua materna.

Cabe agregar que si bien las leyes fomentan que las poblaciones originarias sean escuchadas y se expresen en su lengua materna,

no deja de notarse una tensión dentro de las mismas comunidades sobre el uso o no de su lengua. Esto, a veces, porque para algunos padres de familia, usar la lengua materna es sinónimo de atraso, pobreza, ignorancia, aunque para otros es sinónimo de existencia, supervivencia, de diferenciación. Hablar una lengua indígena, entonces, en las opiniones de algunos adultos, está asociada a sociedades poco avanzadas, primitivas, inferiores frente a las sociedades que tienen escritura (Pino, 2015).

Entonces, el derecho a la lengua materna implicaría, para el Estado la obligación de promover el desarrollo integral de las comunidades indígenas, no solo ofreciendo recursos financieros, materiales, sino involucrándose en la integración, la construcción de la identidad, el fortalecimiento y la valoración de la lengua originaria como parte de sus compromisos.

Así lo expresan algunas leyes nacionales (la Constitución Política del Perú, 1993; la Ley N.º 29735 que regula el uso, la preservación, el desarrollo, la recuperación, el fomento y la difusión de las lenguas originarias; el Decreto Supremo N.º 002-2015-MC, que crea el Registro Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Ministerio de Cultura) e internacionales (el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales por el Art. 1 y 2; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Art. 2, 11, 12, 14 y 16); la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas u Originarios (Art. 14), etc.)

c. Derecho a la educación indígena

Hablar de educación indígena^[12] en el Perú podría ser otra fuente de tensión entre los diversos actores sociales, políticos, económicos, cul-

[12] De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda del año 2017, se identificó que, de los 55 pueblos indígenas, 51 son amazónicos y 4 andinos. En cuanto a las lenguas originarias, de los 33 millones de personas, el 16.3 % tiene como lengua materna el Quechua; el 1.7%, el Aimara; el 0.8% alguna lengua amazónica y el resto (82.6 %) el Castellano.

turales y educativos, a pesar de los convenios y acuerdos nacionales e internacionales en materia educativa (el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016).

Por un lado, existen marcos normativos nacionales e internacionales que velan por la educación indígena aunque, en algunos casos, el Estado se ha visto limitado para dotar de recursos humanos, materiales y financieros en suficiencia para implementar, acompañar y evaluar los planes y programas de la Educación Intercultural y Bilingüe (Ley N.º 27818, Ley para la Educación Bilingüe Intercultural (2002); la Ley General de Educación N.º 28064; el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe al 2021).

3. El poder regulatorio en TBIs firmados por el Perú. Análisis de los términos de expropiación indirecta

Como hemos afirmado en el punto 1, el poder regulatorio de un Estado no está desarrollado en tratados firmados antes del año 2000 de manera explícita, pero sí existe un reconocimiento de este poder de manera implícita. Esto ha hecho que muchos tribunales internacionales de arbitraje analicen el poder regulatorio del Estado al considerar los estándares de protección relacionados a la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo, en la mayoría de casos^[13]. Para efectos de este análisis, solo nos referiremos al estándar de expropiación indirecta. Dicho estándar de expropiación indirecta ocurre cuando un estado toma el control efectivo de, o interfiere de otra manera con el uso, disfrute o beneficio de, una

inversión, depreciando fuertemente su valor económico, incluso sin una toma directa de propiedad. Esto es diferente a la expropiación directa que significa una transferencia legal obligatoria del título de propiedad o su confiscación física total. Normalmente, la expropiación beneficia al propio Estado o a un tercero obligado por el Estado.

La expropiación indirecta se ha convertido en un aspecto determinante del poder regulatorio de un Estado (Tietje, 2014) ya que, al ponernos en un escenario en el que el Estado adopta una medida regulatoria con un interés público, esta medida no debería ser considerada como una expropiación indirecta. Por ello, a pesar de que muchos tratados no contengan estipulaciones del poder regulatorio de un Estado, todos tienen un estándar de expropiación indirecta.

Según el Ministerio de Economía de Finanzas, en el 2022, el Perú ha firmado Acuerdos Bilaterales de Inversión con 34 países proporcionando diferentes estándares de protección a los inversionistas: Australia, China, Corea, Malasia, Singapur, Tailandia, Japón, Canadá, Estados Unidos, Cuba, El Salvador, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Alemania, Bélgica y Luxemburgo, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza (Ministerio de Economía, 2021).

El primer tratado bilateral de inversión de Perú fue con Tailandia, en el año 1991. Dicho tratado no señala el poder regulatorio del Estado expresamente. Sin embargo, sí consigna el concepto de expropiación indirecta. El texto del tratado se puede encontrar en la página de la Naciones Unidas (UNCTAD). En dicho tratado, el Artículo 6, relacionado a Expropiación y Compensación por Pérdidas, señala en su inciso 1(a) lo siguiente:

[13] Ver los casos de *Philip Morris v. Uruguay*, *Saluka v. Czech Republic*, *Chemtura v. Canada*, *Marfin v. Cyprus* y en el contexto peruano tenemos el caso *Bear Creek Mining v. Peru*.

En cualquier caso, cuando las inversiones de una nacional o sociedad de una Parte Contratante fueren sometidas, directa o indirectamente, a cualquier medida de expropiación, el nacional o la sociedad comprometida gozará en el territorio de la otra Parte Contratante un trato justo y equitativo en relación a cualquier medida al respecto. Ninguna medida de este tipo será llevada a cabo excepto con fines públicos y contra el pago de indemnización. Tal indemnización será adecuada, efectivamente realizable, hecha sin demora y libremente transferible en monedas de libre convertibilidad. (UNCTAD, 2022, p. 3)

Similarmente a este lenguaje del tratado Perú - Tailandia, se han firmado otros tratados hasta el año 2006 sin hacer reconocimiento del poder regulatorio de un Estado de manera explícita.

Sin embargo, ya en el tratado de Perú - Canadá del 2006 podemos ver que en su anexo B.13.1.C, se establece que las medidas no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta, reconociendo, de manera implícita, el poder regulatorio que tiene el Estado.

El último tratado bilateral de inversión de Perú fue con Japón, en el año de 2008. En este tratado tampoco se hace referencia al poder regulatorio del Estado de manera expresa. Pese a ello, este tratado ya da unos pasos adelante en cuanto a la modernización del concepto de expropiación indirecta en su artículo 13, ya que crea dos anexos (el III y IV) para un mejor entendimiento del estándar de expropiación.

Por ejemplo, el anexo III, referido al artículo 13 del tratado entre Perú y Japón, señala que el término interés público o *public purpose* (en inglés), también, puede ser entendido de la misma forma usando otras definiciones como necesidad pública o seguridad nacional.

En el caso de la República del Perú, el término «propósito público», que se utiliza en el artículo 13, es un término utilizado en los acuerdos internacionales y puede expresarse en el derecho interno peruano utilizando términos diferentes, como «necesidad pública» o «seguridad nacional». (UNCTAD- Anexo III)

El contenido de este anexo es muy interesante ya que muchos tratados bilaterales firmados por el Perú antes del 2008 no hacen referencia al término interés público, sino a necesidad pública o seguridad nacional (Perú-Ecuador BIT, 1999). Esos términos implican que el Estado estaría autorizado a adoptar medidas que podrían ser consideradas como expropiaciones, pero por estar dentro de esta categoría, no deberían ser consideradas como tal.

Este artículo reconoce que el Perú, a pesar de no haber usado el término Interés Público en algunos tratados previos al 2008, sí consideró otros términos que podrían hacer referencia al interés público.

En cuanto al Anexo IV del referido artículo 13, del tratado entre Perú y Japón, sus incisos a), b) y c) señalan lo siguiente: el inciso a) explica que estamos ante una expropiación indirecta cuando una de las partes adopta medidas o una serie de medidas que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa, sin la transferencia formal de título o incautación absoluta.

El inciso b) señala cuáles serían los factores para tomar en consideración si una acción es considerada como una expropiación indirecta. Dichos factores son:

- i) el impacto económico de la medida o serie de medidas, aunque el hecho de que tal medida o serie de medidas tiene un efecto desfavorable sobre el valor económico de las inversiones, por sí solo, no establece que se ha producido una expropiación indirecta;

- ii) la medida en que la medida o serie de medidas interfieren con distintos, expectativas razonables derivadas de inversiones;
- iii) la característica de la medida o serie de medidas, incluyendo si dicha medida o serie de medidas son discriminatorias. (TBI Perú-Japón, UNCTAD, 2022)

Por último, el inciso c) señala que las medidas no discriminatorias de una Parte Contratante que estén concebidas y aplicadas para proteger los objetivos legítimos de bienestar público enunciados en el párrafo 1 del Artículo 19 no constituyan expropiación indirecta.

Asimismo, el Anexo IV agrega una nota que señala que el párrafo 1 del artículo 19 incluye medidas para proteger el medio ambiente (Perú- Japón Anexo IV).

De lo antes señalado, podemos concluir que antes del año 2006, todos los TBIs firmados por el Perú no señalaban situaciones específicas o no brindaban mayores alcances de cómo debe ser interpretada la expropiación indirecta. Lo que sí existe es una clara prohibición a las partes contratantes de expropiar las inversiones cuando existan razones de interés público.

Por tanto, podemos concluir que, a partir del 2006, con el tratado Perú-Canadá, el Perú ha entrado en la modernización del estándar de expropiación indirecta con la adición de párrafos que están incluidos en tratados internacionales de inversión recientes.

Ante un caso de controversia internacional Inversionista-Estado, el tribunal internacional de arbitraje estaría obligado a aplicar el tratado invocado por las partes. Sin embargo, existe una tendencia a señalar que los tribunales internacionales podrían usar otras normas internacionales vinculantes para los Estados, como podrían ser las de protección a las comunidades indígenas y las normas relacionadas a la debida diligencia de los inversionistas que, a continuación, desarrollamos.

4. Potestad del tribunal de arbitraje internacional en la aplicación de normas internacionales para la protección de las comunidades indígenas.

En los últimos años se ha ido discutiendo si existe o no una fragmentación del derecho internacional o si existe la posibilidad de una integración sistémica del derecho internacional (Dupuy, 2009, p. 45).

Es potestad de los tribunales arbitrales internacionales, a través de sus laudos, generar una armonía de interpretación del derecho internacional ya que existen normas internacionales que permiten dicho fin. Un claro ejemplo son el uso de los artículos 31 de la Convención de Viena y el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al momento de interpretar un tratado bilateral de inversión (TBI) en una disputa.

Por un lado, el artículo 31 de la Convención de Viena señala que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Asimismo, dicho artículo señala que, junto al contexto, se debe tomar en consideración toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Por otro lado, el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala cuáles serían las fuentes de derecho que un tribunal debe aplicar al momento de resolver una controversia internacional. En dicho artículo se establece que la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, es una fuente de derecho internacional.

En un posible contexto, en el que un tribunal internacional deba decidir sobre un caso relacionado a comunidades indígenas y teniendo como base un tratado bilateral de inversión, dicho tribunal podría referirse al artículo 31 de la Convención de Viena y al artículo 38

del estatuto de la Corte Internacional de Justicia e intentar hacer una interpretación integral del derecho internacional.

En cuanto al análisis de las obligaciones del Estado en cuestión, el tribunal no solo podría considerar el TBI, sino que, con base en el artículo 31 de la Convención de Viena, podría señalar que el instrumento aplicable en la disputa (nos referimos al TBI) ha sido firmado dentro de un contexto que engloba otras obligaciones internacionales plasmadas en otros tratados vinculantes entre los Estados contratantes.

Es decir, podría aplicar normas vinculantes o *hard law*, como son el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Asimismo, podría considerar otras normas nacionales que son de obligatorio cumplimiento para el Estado respecto a las comunidades indígenas, como son la Ley N.º 29735 (Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú), la Ley N.º 24656 (Ley general de Comunidades Campesinas), Ley N.º 29785 del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y la Ley N.º 28736 (Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y situación de contacto inicial).

En cuanto a las obligaciones del inversionista con las comunidades indígenas, el tribunal podría aplicar el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia y sostener que los estándares de debida diligencia, que deben seguir los inversores al desarrollar sus

proyectos de inversión, pueden ser considerados parte de la costumbre internacional.

En ese sentido, nos referimos a la costumbre internacional cuando un número importante de sujetos, como serían los Estados, realiza una misma práctica y la considera como obligatoria, siempre y cuando no sea contraria a normas de *jus cogens*. Una vez que la práctica se consolida como norma consuetudinaria, genera efectos a todos los sujetos de la comunidad internacional (Cárdenas & Casallas, 2015). Para determinar que los estándares de debida diligencia son parte de la costumbre internacional, el tribunal debe probar que existen dos elementos que se deben cumplir como son, por un lado, una práctica estatal y, por otro, una *opinio juris*.

En cuanto a la práctica estatal, será labor del tribunal arbitral internacional realizar un análisis de cuánto está avanzando la práctica estatal para señalar que los estándares de debida diligencia son parte ya de la costumbre internacional. Esta práctica estatal se puede ver en la normativización de los estándares de debida diligencia. Existen ejemplos claros que muestran un avance en este camino, tales como la ley de debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro de Alemania (2021)^[14], la ley de debida diligencia corporativa y responsabilidad corporativa de la Comunidad Europea (2021)^[15] y la ley de debida diligencia en materia de trabajo infantil de los Países Bajos (2022)^[16].

En cuanto a la *opinio juris*, será el tribunal quien analice si existe o no una creencia generalizada en la comunidad internacional de que los estándares de debida diligencia, conocidos aún

^[14] Revisar el link para mayor información: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D__1655432494615

^[15] Revisar el link para mayor información: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html#title1

^[16] Revisar el link para mayor información: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html>

como *soft law* por no ser jurídicamente vinculantes, recogen y codifican normas de costumbre internacional (Cárdenas & Casallas, 2015).

CONCLUSIONES

El poder regulatorio del Estado en el marco de instrumentos internacionales ha sido materia de estudio en los últimos años y es clave para el desarrollo de la soberanía de los Estados y la protección de las comunidades indígenas.

El desarrollo de este concepto a través de los anexos de los tratados da más luces a la hora de analizar las medidas regulatorias adoptadas por parte de un Estado, como son los actos administrativos relacionados al impacto ambiental y la consulta previa.

Dichas medidas regulatorias, muchas veces, pueden afectar los derechos de los inversionistas. Es en este contexto que los inversionistas presentan sus reclamos ante tribunales internacionales y ponen en disputa los actos regulatorios de un Estado.

Es importante que dentro del análisis de un tribunal internacional de arbitraje se tome en cuenta, no sólo las obligaciones de los Estados, sino también las obligaciones de otros entes involucrados en el desarrollo de los proyectos de inversión, como son los inversionistas y las comunidades indígenas.

En ese sentido, el tribunal internacional deberá evaluar si el Estado ha cumplido tanto sus obligaciones nacionales e internacionales y si los inversionistas han respetado aquellos principios internacionales relacionados con su responsabilidad social corporativa. Dichos principios son los estándares de debida diligencia, que apoyan a los inversionistas a garantizar el respeto del derecho internacional, el cumplimiento de las leyes nacionales y los pasos que dan para evitar posibles riesgos en su inversión, principalmente, los relacionados al derecho a la consulta previa, la lengua materna y la educación.

Las medidas adoptadas relacionadas a la protección de los derechos de los pueblos indígenas están relacionadas con el poder regulatorio del Estado. Dicho poder ha sido vinculado con el análisis de los estándares de protección internacional como son el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta.

En cuanto a la expropiación indirecta, los inversionistas sostienen que una medida adoptada por parte del Estado que afecte los derechos de los inversionistas puede ser considerada como una expropiación indirecta. Por su parte, los Estados alegan que dichas medidas han sido adoptadas con fines de interés público y, por tanto, no pueden ser expropiaciones indirectas. Ante estas alegaciones, el tribunal está obligado hacer un análisis del derecho aplicable que, en la controversia, viene a ser el tratado bilateral de inversión (TBI).

Muchos de estos tratados no contienen alcances de cómo deben interpretarse las cláusulas de expropiación indirecta cuando existen razones de interés público. Sin embargo, los tratados modernos señalan qué medidas del Estado no deberían ser consideradas expropiaciones indirectas, entre ellas las medidas de protección al medio ambiente.

Asimismo, el tribunal arbitral, también, podría considerar dentro de su razonamiento otras normas internacionales para la protección de las comunidades indígenas, especialmente las normas relacionadas a la consulta previa, la lengua, la educación y los estándares de debida diligencia.

Si bien es cierto que existen normas de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados, también, existen otras normas que no son de obligatorio cumplimiento para los inversionistas, pero que a través de una interpretación integral del derecho internacional y haciendo un análisis del artículo 31 de la Convención de Viena y el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el tribunal podría considerarlos dentro de su razonamiento.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Cárdenas, F. & Casallas, O. (2015). Una gran medida de 'opinio juris' y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea? *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 8, 87-130. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429554204004/index.html>
- Carhuatocto, H. (2022). La consulta previa en la certificación ambiental y los proyectos extractivos. Jurista Editores.
- Constitución Política del Perú (1993). Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
- Defensoría del Pueblo (2020, 14 junio). Reporte Mensual de Conflictos Sociales. Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/areas_tematicas/paz-social-y-prevencion-de-conflictos/
- Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press. Recuperado de <https://www.cambridge.org/core/books/abs/international-law-of-investment-claims/applicable-laws/C44B-0F5417A2ED2CCF1B0DD4E1441ECD>
- Dupuy, P.M., Francioni, F. & Petersmann, E.U. (2009). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press. 45, 45-62.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019). Perú: Estado de la Población en el año del Bicentenario, 2021. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1803/libro.pdf
- Merino, R. (2019). El Derecho y la Política de la autodeterminación indígena: El significado del derecho a la consulta previa. *Derecho & Sociedad*, (51), 43-58. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20857>
- Ministerio de Economía (2021, 18 de junio). Listado de Acuerdos y Convenios de Promoción de Inversiones. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100828&view=article&catid=0&id=343&lang=es-ES
- Ministerios de Economía y Finanzas (2022, 14 de junio). Listado de Acuerdos y Convenios de Promoción de Inversiones. https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100911&view=article&catid=197&id=343&lang=es-ES
- Naciones Unidas (2022, 18 de junio). Centro de Políticas de Inversión. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/165/peru>
- Naciones Unidas (UNCTAD) (2022, 15 de junio). Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/165/peru>
- Naciones Unidas (2011). Principios Rectores sobre los Negocios y los Derechos Humanos: Implementando el Marco Proteger, Respetar y Restaurar. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- OECD (2016). Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252479-en>
- Oficina Internacional del Trabajo (2014). Convenio N.º 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Organización de Estados Americanos (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Pino-Nina, E. (2015). Los prejuicios y la identidad para el aprendizaje de la lengua aimara de

- los estudiantes de la zona altoandina de la provincia de Candarave, Tacna (Perú). *Diálogo andino*, (47), 37-43. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-26812015000200005>
- Ramos, C. (2022). El derecho a la consulta previa y la coordinación en el sector público. Jurista Editores.
- Ramos, Y. (2022). El poder regulatorio de un Estado. Un análisis del lenguaje del Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica (TPP) ¿Puede el lenguaje del TPP seguir contribuyendo al sistema internacional de inversiones? en L. Castro, M. Güerinoni (Coord.). *Las Mujeres en el Arbitraje*. (pp. 1401-1416). Biblioteca del Arbitraje.
- Sierra, Y. (2020, 14 de junio). Nuevo estudio revela que minería afecta el 20% de los territorios indígenas de la Amazonía. *MOMGOBAY*. <https://es.mongabay.com/2020/10/mineria-pueblos-indigenas-amazonia/>
- Tietje, C. (2014). Freya Raetens & Ecorys, Minister for Foreign Trade & Dev. Cooperation, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Recuperado de https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs-5kjpg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf
- Wandahl Mouyal, L. (2018). *International Investment Law and the Right to Regulate - A Human Rights Perspective*, Routledge.