



En campaña, Humala se disfrazó de pueblo: agua y no oro, prometió, pero ya sabemos cómo acaba la historia. (Foto: lamula.pe)

Doe Run contra el Perú

ERICK PAJARES GARAY Y LUCIANO LÓPEZ FLORES*

*El mundo se divide, sobre todo, entre indignos e indignados,
y ya sabrá cada quien de qué lado quiere o puede estar...*

EDUARDO GALEANO

**INVERTIR EN EL PAÍS
¿O INVERTIR EL PAÍS?**

“¿Ustedes quieren vender su agua? ¿Qué es más importante, el agua o el oro?”. Con estas preguntas hechas en la plaza de Bambamarca, el entonces candidato Ollanta Humala (mayo de 2011) proclamaba en Cajamarca la defensa del ambiente, la necesidad de ordenar el territorio y la protección de los acuíferos para la agricultura, para luego, como Presidente de la República, algunos meses más tarde, decretar el estado de emergencia en dicha región (julio de 2012), y así garantizar el “Estado de derecho”, o mejor dicho, para asegurar —mediante la coerción— la viabilidad del polémico proyecto minero Conga (Newmont – Yanacocha), generando una crisis política y social que significó la caída de dos gabinetes ministeriales y la pérdida de invalorable vidas humanas. Público fue también el malestar de Humala al cuestionar que grandes empresas (léase Telefónica)

“judicializan el pago de tributos”, señalando que antes de tomar una decisión sobre la renovación del contrato de concesión la corporación telefónica debía resolver su deuda tributaria (S/.3877 millones, según la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT), pero finalmente el contrato fue extendido. No menos contradictorio resulta que, antes de iniciar su mandato, Humala cuestionase los tratados de libre comercio, proponiendo renegociarlos utilizando los mecanismos previstos en dichos acuerdos, aunque ahora los adhiere pues “tiene que respetar las políticas de Estado”.¹

Pero Humala también se ha mostrado crítico ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Referidas a las Inversiones (CIADI), dependencia del Banco Mundial, anticipando los riesgos que conlleva el mecanismo arbitral inversionista-Estado. Lo hizo en la XXI Cumbre Iberoamericana (Paraguay, octubre de 2011), cuando señaló que el Perú estaba encarando procesos arbitrales internacionales por más de US\$4000 millones, y más recientemente en la Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños – CELAC (Santiago de Chile, enero de 2013).

Sin embargo, a finales de enero de 2013, una delegación de la Oficina Comercial de los Estados Unidos (USTR), liderada por el embajador Marantis, visitó el Perú y Chile para revisar las negociaciones del

* El primero es abogado internacionalista y analista político. Experto en derecho internacional ambiental y políticas globales. CEO del Grupo Biosfera – Think Tank en Investigación de Futuros Sustentables, y socio de la consultora ambiental Engineers & Environmental, Perú. Asociado del área ambiental del Estudio Javier Valle-Riestra, Abogados e investigador asociado de **desco**. El segundo es abogado especializado en derecho constitucional. Magister en Derecho por la PUCP. Socio del Estudio Javier Valle-Riestra, Abogados.

1 “Ollanta Humala: Fui crítico con los TLC, ahora debo respetar las políticas de Estado”, *La República*, Lima, 13 de junio de 2012.

Acuerdo Trans Pacífico (TPP). El objetivo geopolítico de Estados Unidos (EE. UU.) es reconcentrar —mediante sus corporaciones— su hegemonía en la región frente a China y Rusia, y apurar el cierre del acuerdo en la próxima reunión de APEC (Bali, octubre de 2013), aun cuando cuestiones sensibles como la propiedad intelectual y la libertad en el uso de internet todavía se discuten.

Entonces, mientras Humala en citas oficiales cuestiona un mecanismo que en efecto lesiona los intereses nacionales, paralelamente su gobierno negocia el TPP, que extendería los mecanismos privados de imposición de los inversores extranjeros, exponiendo al Perú a mayores demandas arbitrales internacionales.²

Esas gruesas inconsistencias del mandatario, impropias en un estadista, desvelan la “bipolaridad” en su acción política; si acaso confirman la inmensa capacidad de permeabilizar que muestra el corporativismo transnacional cuando de capturar al Estado se trata. En todo caso, ambas situaciones se corresponden mutuamente.

En este contexto emergen ahora —entreteniéndolo debate nacional sobre minería, ambiente y acuerdos comerciales— las sombras de las empresas Renco Group Inc. y Doe Run Perú (DRP), que el 7 de abril de 2011 han presentado una demanda de arbitraje por US\$800 millones ante el CIADI, acusando al Estado peruano de “expropiación indirecta”, precisamente cuando a la empresa metalúrgica se le exigía el cumplimiento del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) del Complejo de La Oroya.³

LO QUE SE ADVIRTIÓ SOBRE EL TLC PERÚ – EE. UU. (O LO QUE NO DEBE REPETIRSE)

En 2007, cuando se discutían las implicancias del TLC Perú - EE. UU., diversos analistas advirtieron sobre los riesgos de incluir medidas extremas de protección para los inversionistas extranjeros mediante la aplicación de un sistema privado de solución de controversias “inversionista-Estado”, que repetía (casi textualmente) las disposiciones del TLC de América del Norte (TLCAN),⁴ permitiendo que las empresas extranjeras obtengan indemnizaciones por cualquier medida gubernamental —políticas de salud, ambientales, de ordenamiento territorial, de empleo, laborales u otras— que socave, en su opinión, sus “ganancias futuras previstas”.

Así, la disputa planteada por DRP constituye la primera demanda “inversionista-Estado” contra el Perú en el marco de TLC suscrito con los EE. UU., evidenciando que los perjuicios que este mecanismo puede acarrearle al país no son mera especulación. Este tipo de demandas que colocan en pie de igualdad a corporaciones multinacionales contra Estados soberanos, constituye una amenaza concreta que limita, por ejemplo, la aplicación de las reformas necesarias

2 El Convenio del CIADI rige para el Perú desde el 8 de septiembre de 1993 (Resolución Legislativa 26210), por lo que cabe el sometimiento ante dicha instancia en el marco de los tratados que sean aplicables.

3 Para el caso DRP, el Perú ha contratado a los estudios White & Case, y Echeconpar.

4 El TLCAN fue firmado el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el 1 de enero de 1994.

(políticas y regulación ambientales) para gestionar la crisis de gobernabilidad generada por la aguda conflictividad social vinculada al extractivismo.

Tal escenario fue avizorado en la Acción de Inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa 28766 que aprobó el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EE. UU., presentada al Tribunal Constitucional (TC) el 28 de diciembre de 2006 por el bloque parlamentario Partido Nacionalista – Unión por el Perú, y que refería que el TLC fue suscrito: “[...] vulnerando artículos y principios constitucionales, contraviniendo los principios y disposiciones contenidos en la Constitución Política del Perú”, de la siguiente manera:

[b]. Los acuerdos previstos en el TLC Perú - EE. UU, adoptados en el Capítulo Diez, relativo al tratamiento de las inversiones, limitan abiertamente la capacidad soberana del Estado Peruano de proteger los derechos humanos, sociales y económicos de la población a través del diseño e implementación de políticas de interés público y social, así como la dación de normas de carácter nacional o regional necesarias para la protección de los derechos señalados y el desarrollo del país. Aspectos tales como la “expropiación indirecta” y las “restricciones a los requisitos de desempeño” fragilizan las decisiones del Estado Peruano frente a la inversión directa proveniente de los Estados Unidos.

[...] A través de la figura de la “expropiación indirecta” se extiende e incluye acciones de regulación que pueden limitar

expectativas de ganancia futura de una empresa. [...] Bajo esta figura, los inversionistas extranjeros pueden exigir una compensación frente a leyes, reglamentos, fallos de una corte de cualquier nivel de gobierno sea nacional, regional o local que sean considerados por un tribunal como “expropiación indirecta”, es decir, que afecten indirectamente el valor de una inversión. (Pp. 10, 14 y 16 de la Acción).

El TC se pronunció por la improcedencia de la acción “[...] al no haber entrado en vigor el aludido instrumento internacional y consecuentemente, no formar parte del derecho interno”.⁵ Para el constitucionalista López Flores, dicho fallo no observa los supuestos de improcedencia de una demanda, previstos puntualmente en el artículo 104 del Código Procesal Constitucional.

DRP: INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ¿O COMPLICIDAD DE NUESTRAS AUTORIDADES?

La historia de DRP, empresa de capitales estadounidenses, es, qué duda cabe, una suma de excesos y extrañas concesiones. Desde su ingreso al Perú en 1997, DRP utilizó diversas “jugadas” que le permitieron contaminar “legalmente” en La Oroya durante más de quince años con los altamente tóxicos gases que emanaba el complejo metalúrgico.

En agosto de 2009 DRP se declaró en insolvencia, por lo que acudió al Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial (INDECOPI) para pasar un proceso concursal, pretendiendo presidir la junta de acreedores y solicitando que se le reconozca 59% de las acreencias a

5 Véase <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00033-2006-AI%20Resolucion.html>>.



Hay 1300 denuncias por intoxicación de niños contra Doe Run Perú en La Oroya. DRP debería pagar 29 000 millones de dólares de indemnización, pero solo quiere pagar 100 millones. (Foto: revistaidee.com)

Doe Run Cayman (otra empresa subsidiaria del Grupo Renco). Además, en su Plan de Reestructuración presentado ante la Junta de Acreedores exigía como condición para operar nuevamente que el Perú pague el costo de la reparación económica por la demanda interpuesta en una Corte de Missouri (EE. UU.) por los afectados de la contaminación en La Oroya. A pesar de esta maniobra, se reconoció al Ministerio de Energía y Minas (MEM) como el acreedor principal (36%) por el incumplimiento del PAMA.

Ante el chantaje al gobierno peruano, en enero de 2010 la empresa fue expulsada de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE).

En abril de 2011 el Grupo Renco, para dilatar el proceso indemnizatorio abierto en Missouri, planteó una millonaria disputa arbitral contra el Estado peruano al amparo del TLC Perú – EE. UU. Inmediatamente solicitó a la Corte de Missouri suspender el juicio por intoxicación masiva de niños en La Oroya, mientras se dilucida la demanda arbitral.

La preocupación de Ira Rennert (propietario del Grupo Renco) radicaría en el precedente sobre un caso similar en el que un jurado de la Corte de St. Louis, Missouri, sentenció al propietario de la fundición de plomo de Herculaneum al pago de US\$358,5 millones a favor de dieciséis niños afectados por contaminación (cada familia recibió US\$22,4 millones).

Las denuncias por intoxicación de niños en La Oroya entre 1997 y 2010 han crecido de 107 a 1300 casos. En este escenario, DRP debería pagar aproximadamente US\$29 000 millones por todos los menores perjudicados, pero solo estaría dispuesta a reconocer US\$100 millones como indemnización total, lo que equivaldría a US\$76 000 por cada niño.

Pero nada de esto hubiera sucedido de no contar la empresa con la negligente “tolerancia” de nuestras autoridades. DRP es la única minera que incumplió el PAMA, pese a que tuvo más de diez años para ejecutarlo; se le permitió modificarlo cuatro veces, y aún así en dos oportunidades se le otorgaron prórrogas. La primera de ellas fue en mayo de 2006, concediéndosele una extensión de dos años y diez meses para que cumpla el PAMA y construya la planta de ácido sulfúrico. La segunda ampliación se la otorgó el Congreso de la República, en octubre de 2009, por treinta meses. DRP tentó lo mismo, por tercera vez, con apoyo de algunos congresistas cómplices.⁶

6 El congresista por Junín Casio Huairé Chuqui-Chaico (Perú Posible) promovía un proyecto de ley que recoge las exigencias planteadas por DRP al Estado peruano.

7 “18 congresistas estadounidenses firman carta contra Doe Run Perú”, *La República*, Lima, 30 de marzo de 2012.

Paradójicamente, mientras parlamentarios peruanos fungían de lobbistas de DRP, el 29 de marzo de 2012 dieciocho congresistas demócratas suscribieron una dura carta dirigida a la Secretaria del Departamento de Estado Norteamericano, Hillary Clinton, expresando su preocupación por el daño que genera DRP a la imagen de la inversión estadounidense en el Perú y en América Latina, “trayendo abajo los esfuerzos de otras compañías estadounidenses que tienen buenas prácticas corporativas”. El texto destaca además que el mecanismo de demanda inversor-Estado, invocado por DRP, representa una preocupante tendencia de compañías multinacionales que abusan de su posición en los acuerdos comerciales.⁷

¿CUÁLES SON LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA ARBITRAL DE DRP CONTRA EL PERÚ?

La demanda de DRP contra del Estado peruano presenta cuatro argumentos:

Primero, señala no haber recibido un trato justo respecto a la ejecución del PAMA, pues el gobierno le exigió responsabilidades adicionales que la obligaron a solicitar varias prórrogas, y considerando que no se le extendió el plazo una vez más, no pudo finalizar la construcción de la planta de ácido sulfúrico, lo cual vulnera el artículo 10.5 del TLC (Nivel mínimo de trato).

Segundo, sostiene que el gobierno ha tratado más duramente a DRP que a Activos Mineros —empresa peruana dedicada a la remediación ambiental



Las protestas en Conga pusieron de manifiesto los vacíos y atropellos del modelo de inversión extractiva en el país. (Foto: cepesrural.lamula.pe)

minera—, pese a que esta última tampoco ha cumplido con sus correspondientes obligaciones del PAMA, lo que implica un trato discriminatorio y vulnera el artículo 10.3 del TLC (Trato nacional).

Tercero, alega que cuando el gobierno peruano, a través del MEM, pretende ser reconocido como el mayor acreedor en la junta ante el INDECOPI debido al incumplimiento del PAMA, se configura un intento de expropiación, vulnerando el artículo 10.7 del TLC (Expropiación indirecta).

Cuarto, DRP exige que el gobierno peruano y Activos Mineros asuman cualquier responsabilidad por las

denuncias existentes por los daños a la salud y el ambiente, ya sea que estas se presenten en el Perú o en EE. UU. Según DRP, la denuncia contra el Grupo Renco, admitida por un Tribunal de Missouri, es de entera responsabilidad del Perú, siendo aplicable el artículo 10.4 del TLC (Trato de nación más favorecida).

CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRIBUNALES INVERSIONISTA-ESTADO

América Latina comenzó el siglo XXI enfrentando una avalancha de demandas

inversor-Estado, debido a que la mayoría de países latinoamericanos ha suscrito, desde 1990, acuerdos internacionales sobre inversión que incorporan ese mecanismo bajo las modalidades de tratados bilaterales de inversión y acuerdos de integración económica (tratados de libre comercio). La región no representa más del 10% de los Estados miembros del CIADI, pero registra el mayor número de demandas arbitrales ante dicho organismo. Aproximadamente 50% del total de las demandas corresponden a países latinoamericanos, y de estas, 60% está relacionado con los sectores extractivos.

Mientras tanto, el concepto de expropiación indirecta se ha desarrollado en todo tipo de Tratados de Incentivo y Protección Recíproca de Inversiones, Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y en Tratados de Libre Comercio (TLC).⁸

Tanto juristas como expertos legales cuestionan cada vez más la constitucionalidad del sistema de protección a los inversionistas extranjeros consagrado en el mecanismo inversionista-Estado. Por ejemplo, el artículo III de la Constitución estadounidense establece la existencia de un Poder Judicial independiente y separado de los poderes Legislativo y Ejecutivo del gobierno federal. La ex jueza de la Corte Suprema de los EE. UU.

Sandra Day O'Connor ha cuestionado la delegación de la autoridad consagrada por el citado artículo constitucional a un número cada vez mayor de tribunales arbitrales comerciales que cuentan con facultades radicales. Según O'Connor, la potestad de decidir casos y controversias está reservada a los juzgados federales, y el Congreso de EE. UU. no puede delegar a otro tribunal "los atributos esenciales del Poder Judicial".⁹

Para el juicio experto, los tribunales arbitrales del Capítulo 11 del TLCAN "tienen poderes extraordinarios para revisar políticas y decisiones municipales, estatales y nacionales, así como decisiones judiciales, incluso de la Suprema Corte de Justicia de EE. UU.". Y es que los TLC prácticamente inoperativizan al órgano jurisdiccional.

APUNTES PARA UNA DEFENSA DEL ESTADO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES

¿Hay alternativas para encarar eventuales disputas que afecten los intereses nacionales, como el caso de DRP contra el Perú? Consideramos que sí, siempre que los gobiernos que adhieren los TLC (como el Perú o Colombia) ponderen *ex ante* los riesgos implícitos en dichos acuerdos, considerando que:

8 Márquez Escobar, Carlos, "Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversión y el poder de policía de la administración", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 11, 2008, pp. 13-68.

9 Day O'Connor, Sandra, "Symposium Issue: Federalism of Free Nations", *Journal of International Law & Politics*, 35, 1995-1996, pp. 38-42.

- La jurisprudencia constitucional ambiental comparada ubica el derecho al ambiente y la salud por encima del derecho a la inversión.
- Ante la figura de la expropiación indirecta, invocada por DRP contra el



Hillary Clinton recibió una carta de congresistas demócratas preocupados por la imagen que dejaba DRP de la inversión gringa en el Perú.

Perú, es oponible lo establecido por el artículo 18.1 del TLC Perú - EE. UU., que señala que: “[...] cada Parte se asegurará de que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental”. También es posible invocar el artículo 18.3, inciso 5 del acuerdo, que permite “[...] el establecimiento de sanciones o reparaciones apropiadas y efectivas por infracciones a la legislación ambiental”. Los hechos demuestran de manera irrefutable que DRP omitió sistemáticamente el cumplimiento de niveles adecuados de protección ambiental y a la salud.

- La vulneración del derecho al ambiente y a la salud implica la violación de derechos humanos de tercera generación (derechos de solidaridad), como se observa en la jurisprudencia de instancias supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En la disputa planteada por DRP, este es un aspecto neurálgico, teniendo en cuenta el rol de los derechos humanos como derechos aplicables en los arbitrajes de inversión que involucran cuestiones ambientales. En su Sentencia de 29 de marzo de 2006, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay, la CIDH precisa que: “[...] la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el

incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana...”.

En efecto, si el derecho a la protección de inversiones no se contrapesa reconociendo otros componentes del derecho, promoviendo sanos principios económicos y atendiendo al impacto que sus resoluciones tengan sobre la comunidad internacional (nivel global), y en las poblaciones locales, probablemente se presentarán reacciones políticas adversas.

- Tales reacciones se expresan en alternativas diversas: no ratificando TBI, denunciándolos, aprobando pautas interpretativas restrictivas respecto de los TBI (p. ej. la interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN), restringiendo los alcances de los TBI (p. ej. el modelo de TBI aprobado por EE. UU. en 2004), no contemplando directamente la obligatoriedad del arbitraje (TBI Japón y Filipinas), o ejerciendo control de constitucionalidad interno sobre los laudos arbitrales (p. ej. Argentina, Bangladesh, India y Pakistán).
- Es viable la revisión del mecanismo arbitral inversionista-Estado apelando a los procedimientos de ajuste previstos en los TLC, tanto como excluir dicho mecanismo de posibles nuevos acuerdos. Así lo ha planteado Australia en las negociaciones del TPP, mientras

que Brasil y la India no lo aceptan en sus tratados de inversión. Incluso, la UNCTAD propone acotar estos derechos y no limitar la capacidad regulatoria estatal.

- Impulsar acciones de interés público (defensa de intereses difusos) equivalentes a las *class actions*, institución procesal estadounidense referida a la acción que entabla una persona o un grupo pequeño de personas en representación de los intereses de un grupo más amplio. En Colombia, por ejemplo, dicha figura es similar a las acciones de grupo.

Sin duda, implementar estas medidas frente al riesgo de inversiones irresponsables que atentan contra el interés público, requiere una firme decisión política. La permisividad de nuestras autoridades con empresas de nefasta reputación —como DRP— raya en los límites de una gravísima complicidad con la vulneración de derechos humanos que ningún crecimiento material puede justificar. Y es que, como bien dice Augusto Álvarez Rodrich cuando pondera las imbricaciones entre negocios y corrupción, “[...] esta sigue estando presente como un factor que, lamentablemente, es crucial en el mundo de los negocios, lo cual es obvio que requiere, en el otro lado de la mesa, a políticos dispuestos a llenarse los bolsillos tomando decisiones que favorecen indebidamente a un privado”. Así las cosas, en medio del continuismo por el que sigue transitando el Perú, la pregunta nunca resultó más pertinente: “¿Tan difícil es caminar derecho?”. ■