



**Proyecto sobre inversión y derechos humanos**

**Implementación del deber del Estado de proteger los  
derechos humanos en el contexto de la inversión**

*London School of Economics and Political Science*

---

**RECOMENDACIONES PARA EL PLAN NACIONAL DE ACCIÓN SOBRE EMPRESAS Y  
DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA**

24 de noviembre de 2015

***Andrea Saldarriaga y Andrea Shemberg***

*Co-directoras del Proyecto sobre Inversión y Derechos Humanos*

**Tabla de contenido**

A.	INTRODUCCIÓN.....	2
1.	El proyecto sobre inversión y derechos humanos (IHRP)	
2.	Los Principios Rectores y los Planes Nacionales de Acción	
3.	El IHRP en Colombia	
B.	¿POR QUÉ EL TEMA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DEBERÍA SER UNA PARTE IMPORTANTE DEL PNA EN COLOMBIA?..	4
C.	INVERSIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO: SÍNTESIS DE TEMAS PRIORITARIOS.....	9
D.	RECOMENDACIONES EN MATERIA DE INVERSIÓN.....	11

## A. INTRODUCCIÓN

### 1. El proyecto sobre inversión y derechos humanos (IHRP)

El proyecto sobre Inversión y derechos humanos (IHRP por sus siglas en inglés) es una iniciativa del *Laboratory for Advanced Research on the Global Economy*, en el Centro para los estudios sobre derechos humanos del *London School of Economics and Political Science*.

El proyecto tiene como objetivo analizar la manera en que funciona la inversión y cómo ésta puede generar impactos positivos y negativos en los derechos humanos. Este trabajo incluye, entre otros temas, el análisis sobre la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (en adelante, los **Principios** o **Principios Rectores**) y otros estándares normativos como las Líneas Directrices de la Organización para el Desarrollo Económico para Empresas Multinacionales (en adelante, las **Líneas Directrices OCDE**).

Actualmente, el IHRP se encuentra adelantando un proyecto sobre **la implementación del deber del Estado de proteger los derechos humanos en materia de inversión extranjera**. El proyecto incluye la preparación de un manual sobre el tema y la realización de dos ejercicios prácticos, uno en Colombia y el otro en Indonesia, con el objetivo de generar una serie de recomendaciones para los Planes Nacionales de Acción en empresas y derechos humanos (en adelante, **PNA**) que se adelantan en cada país. Este documento se refiere al trabajo en Colombia.

### 2. Los Principios Rectores y los Planes Nacionales de Acción

Los Principios Rectores fueron aprobados por unanimidad en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en junio de 2011. Desde entonces, se han convertido en el punto de referencia normativo que define y hace operacional la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

Los Principios Rectores se erigen sobre tres pilares: (i) el deber del Estado de proteger los derechos humanos; (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y (iii) el acceso a los mecanismos de remediación. Los Principios han sido ampliamente acogidos y han generado una multitud de medidas a nivel político, regulatorio y normativo así como un cambio en las prácticas empresariales de numerosas empresas. Los Principios se han convertido igualmente en una poderosa herramienta para la sociedad civil en la reivindicación de sus demandas por abusos cometidos por las empresas en materia de derechos humanos.

Desde el 2013 el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos ha venido haciendo un llamado a los Estados para fortalecer la implementación de los Principios Rectores, incluyendo mediante la adopción de Planes Nacionales de Acción. La adopción de un **PNA supone el compromiso al más alto nivel de gobierno de implementar los Principios Rectores y la indicación del tipo de medidas – políticas, regulatorias y de incentivos de mercado – a través de las cuáles se implementarán los Principios**.

El Reino Unido fue el primer país que adoptó un PNA en septiembre de 2013 y en el momento de preparar este documento se encuentra en proceso de revisión del mismo. De manera subsecuente, otros países adoptaron un plan, incluyendo Holanda, Dinamarca, Finlandia y Suecia. Alemania está trabajando en su PNA al igual que los Estados Unidos, Suiza, Bélgica, Malasia, México, Argentina, Guatemala y Chile. La Consejería Presidencial para los derechos humanos en Colombia, se encuentra liderando la preparación del PNA. Este esfuerzo hace parte del compromiso anunciado por el gobierno desde 2013 para implementar los Principios Rectores y se ha presentado como parte del trabajo de la Consejería en la Estrategia Nacional de Derechos Humanos y los Lineamientos para una Política Pública en Derechos Humanos y Empresas.

### **3. El IHRP en Colombia**

El trabajo del IHRP en Colombia busca contribuir al esfuerzo del gobierno colombiano de adoptar un PNA. El trabajo se enfoca en el tema de inversión y busca facilitar una mejor comprensión sobre los desafíos que en materia de derechos humanos se presentan en el contexto de la actividad económica relacionada con la inversión y hacer una serie de propuestas sobre la manera de integrar la protección de los derechos humanos en este contexto. Aunque el énfasis del trabajo es la inversión extranjera, la mayoría de los análisis y propuestas son también aplicables en el caso de la inversión a nivel local. Se considera igualmente el rol del Estado como receptor de la inversión y como origen de la misma.

El trabajo del IHRP en Colombia incluye (i) la participación en el taller de expertos organizado por el gobierno colombiano para dar comentarios sobre el PNA (Cartagena 27 de octubre); (ii) la organización de una serie de eventos de formación y diálogo (Bogotá 26, 28 y 29 de octubre); y (iii) la formulación de una serie de recomendaciones para el PNA en materia de inversión. A continuación se hace un breve recuento de los eventos organizados por el IHRP en Bogotá:

- Un **taller** dirigido a funcionarios públicos involucrados con el tema de inversión extranjera (incluyendo su promoción, regulación y facilitación) contó con la participación de 35 funcionarios y tuvo como propósito: (i) tener una sesión de capacitación y trabajo conjunto sobre esta temática; y (ii) recabar información sobre los desafíos, obstáculos y oportunidades que los funcionarios identifican en sus roles y entidades para implementar las medidas necesarias para dar cumplimiento al deber del estado de proteger los derechos humanos en el contexto de la inversión.
- Tres **diálogos** con actores interesados en el tema de la inversión extranjera y los derechos humanos – las empresas, los gobiernos extranjeros y las organizaciones internacionales con presencia en Colombia y la sociedad civil y la academia – con el propósito de recabar información sobre las problemáticas en materia de derechos humanos y las prioridades identificadas por cada actor en cuanto al rol del gobierno para proteger los derechos humanos en el contexto de la inversión. Para tal fin, se organizaron conversaciones en pequeños grupos que facilitarían el flujo de la discusión.

La preparación de las recomendaciones que se presentan en este documento se hizo sobre la base de las informaciones e impresiones recogidas en estos eventos y la experiencia del IHRP en materia

de inversión y derechos humanos. Cabe advertir que la recolección de información no pretende ser exhaustiva y se reconocen de antemano las limitaciones que se tuvieron en materia de tiempo y recursos. Sin embargo, se hizo el mejor esfuerzo por entender el contexto, las necesidades y preocupaciones de las diversas partes interesadas con el propósito de que las recomendaciones respondieran a una realidad concreta. En la sección C de este documento se incluye una síntesis de los temas que aparecieron como prioritarios en las discusiones.

## **B. ¿POR QUÉ EL TEMA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DEBERÍA SER UNA PARTE IMPORTANTE DEL PNA EN COLOMBIA?**

Son varias las razones que sustentan la inclusión del tema de inversión extranjera al momento de implementar los Principios Rectores y, en especial, el deber del Estado de proteger los derechos humanos.

En primer lugar, las denuncias a nivel mundial sobre los impactos adversos en materia de derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial están a menudo vinculadas con proyectos relacionados con la inversión extranjera directa (IED)<sup>1</sup>. Las denuncias incluyen desde el acaparamiento de tierras y el desplazamiento irregular de comunidades y de pueblos indígenas, hasta la contaminación y devastación ambiental, el apoyo a conflictos armados y las violaciones graves de derechos humanos.

Al mismo tiempo, la IED es una parte significativa de la economía global y un importante medio para impulsar el desarrollo. El Reporte Mundial sobre Inversión (en adelante, *RMI*) de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (en adelante, *UNCTAD*) del 2015, pronostica que los flujos de IED alcanzarán los \$1.4 trillones en el 2015 y aumentarán en el 2016 y 2017. Adicionalmente, la IED es responsable de más del 40% de la financiación externa para el desarrollo en economías de transición y economías en desarrollo.<sup>2</sup> La IED es además parte de la fórmula acordada para que los Estados logren alcanzar los nuevos objetivos concertados de Desarrollo Sostenible en la agenda post 2015.<sup>3</sup>

Adicionalmente, las dos organizaciones internacionales más importantes en el tema de inversión han venido enfatizando por un lado, la necesidad de que el Estado asuma un rol más activo para asegurar que la inversión extranjera contribuya al desarrollo sostenible, incluyendo mediante el respeto a los derechos humanos y, por el otro, la necesidad de que la política de inversión integre la responsabilidad de los inversionistas por sus impactos sociales y ambientales adversos, incluyendo en materia de derechos humanos.

En efecto, UNCTAD y la OCDE han iniciado una serie de discusiones sobre la reforma de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y el mecanismo de solución de disputas entre inversionistas y

---

<sup>1</sup> Inversión Extranjera Directa, en el contexto de este artículo se entiende como “la inversión extranjera  
<sup>2</sup> UNCTAD RMI 2015, p. iii.

<sup>3</sup> Metas de Desarrollo Sostenible 1, 2, 7 y 10.

estados (SDIE), donde el tema de la capacidad regulatoria del Estado en materia de derechos humanos y la responsabilidad de los inversionistas han jugado un papel central.<sup>4</sup> Adicionalmente, el RMI de 2015 identifica una tendencia a nivel internacional de reconocer al Estado un rol más activo en el contexto de la inversión extranjera. Esta tendencia incluye la adopción de reglas claras y rigurosas en materia de regulación social y ambiental, la promoción del desarrollo sostenible y el énfasis creciente en la responsabilidad de las empresas por sus impactos sociales y ambientales. El RMI señala cómo esta tendencia indica un *“realismo renovado [entre los Estados] sobre los costos económicos y sociales de la desregulación de las fuerzas del mercado.”*<sup>5</sup>

Este rol más activo en la regulación de la inversión no supone un desincentivo de la inversión. Por el contrario, como lo señala la OCDE en su Marco de política para la inversión, este rol activo es precisamente la manera en la que los Estados pueden garantizar que la inversión resulte en mayor creación de valor y contribuya al desarrollo sostenible y a la creación de un clima favorable a la inversión:

While it is the role of businesses to act responsibly, governments have a duty to protect the public interest and a role in providing an enabling framework for responsible business conduct...This point goes to the heart of the Policy Framework for Investment: to the extent that governments provide an enabling environment for businesses to act responsibly and meet their duty to protect the public interest from potential negative impacts of business activities, they are more likely to keep and attract high quality and responsible investors, minimise the risks of potential adverse impacts of investments, and ensure broader value creation and sustainable development.<sup>6</sup>

Este cambio en la concepción del rol del Estado y la atención que se le ha dado a la responsabilidad de las empresas por sus impactos sociales y ambientales, incluyendo en materia de derechos humanos y al papel de la IED para lograr las metas de desarrollo sostenible, tienen una especial relevancia para Colombia. El gobierno le ha apostado a la inversión extranjera como vehículo de desarrollo económico y le ha asignado al sector privado, incluyendo la inversión extranjera, un rol fundamental en la financiación del post-conflicto. Esto implica la necesidad de atraer una inversión de calidad que no constituya un obstáculo a la construcción de paz y que por el contrario se comprometa con los objetivos políticos y económicos que supone el post-conflicto. Ahora más que nunca, el Estado debe entrar a jugar un rol activo que permita atraer, canalizar y regular efectivamente la inversión para minimizar los impactos negativos, potenciar los impactos positivos que la misma puede traer y asegurar la transición en la etapa de post-conflicto.

Integrar la protección de los derechos humanos dentro del rango de las políticas y prácticas que apoyan, facilitan, promueven y regulan la inversión debería, por lo tanto, ser considerado un aspecto esencial en la implementación del deber del Estado de proteger los derechos humanos en el

---

<sup>4</sup> Véase el Marco de política sobre inversión para el desarrollo sostenible de UNCTAD (2015) y el Marco de política para la inversión de la OCDE (2015).

<sup>5</sup> UNCTAD RMI 2015, p. 128.

<sup>6</sup> Marco de política para la inversión de la OCDE 2015, p. 36.

contexto colombiano. Adicionalmente, el establecimiento de mecanismos legítimos y efectivos para la reparación de los impactos adversos en materia de derechos humanos causados en el contexto de la inversión, debería ser considerado como una parte integral de la política de inversión, ya que contribuye a la construcción de un clima de inversión seguro y estable para la misma.

Por último, la inclusión del tema de inversión en el PNA es también útil desde un punto de vista práctico. La perspectiva de la inversión permite identificar nuevos **actores, herramientas y dinámicas** relevantes para entender la problemática de derechos humanos en el contexto de la actividad económica y generar soluciones innovadoras y efectivas. Por ejemplo, la perspectiva de la inversión permite abrir la discusión con **actores** que generalmente no hacen parte de la discusión de empresas y derechos humanos como la agencia de promoción de la inversión o las entidades encargadas de definir la política de inversión. Esta perspectiva permite igualmente considerar **herramientas** que de otra forma difícilmente son consideradas en empresas y derechos humanos tales como los AII o los contratos inversionista-Estado. Finalmente, esta perspectiva permite identificar nuevas **dinámicas** como la que se presentan entre el estado de origen de la inversión y el estado receptor de la misma en torno a las expectativas, facilidades y financiación de la inversión.

De esta manera, la inclusión del tema de inversión contribuye al llamado “progreso acumulativo” que el Representante Especial John Ruggie enfatizó durante su mandato. Según esta idea del “progreso acumulativo”, no es una sola ley o medida la que puede resolver los desafíos y riesgos que la actividad económica puede tener en los derechos humanos; es necesario, una visión integral y un sinnúmero de medidas a diferentes niveles – político, regulatorio, normativo y de incentivos de mercado – para ofrecer una respuesta efectiva. La consideración de los actores, herramientas y dinámicas propias de la inversión ayuda, por lo tanto, a expandir el radio de acción para introducir cambios e innovaciones que permitan ir avanzando progresivamente en la consolidación de la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, al momento de considerar la integración de los derechos humanos en el contexto de la inversión y de incluir esta cuestión en el PNA, los siguientes temas claves deberían ser tenidos en cuenta:

- i. **Coherencia política:** la discusión sobre la inversión y la implementación del deber de proteger los derechos humanos debe incluir a las distintas dependencias gubernamentales, agencias e instituciones estatales que están involucradas en el tema de la IED, incluyendo (i) aquellas funciones encargadas de crear e implementar las políticas y el marco regulatorio en el cual se desarrolla la IED; y (ii) aquellas funciones encaminadas a promover, facilitar, financiar y asegurar la IED.
- ii. **Definición y comunicación de expectativas:** el Estado debe asegurarse que expresa de manera clara a los inversionistas – tanto a los extranjeros que llegan a su territorio como a los nacionales que invierten en el extranjero – la expectativa de que deben respetar los derechos humanos en el contexto de sus actividades económicas. Se debe precisar que el respeto a los derechos humanos requiere la debida diligencia en materia de derechos

humanos para identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos así como la reparación de dichos impactos cuando éstos tienen lugar. Un corolario de esta responsabilidad es la necesidad de que el Estado sea claro sobre el tipo de riesgos en derechos humanos que los inversionistas deberán enfrentar en el desarrollo de sus actividades económicas. Los inversionistas se benefician de tener mensajes claros, coherentes y consistentes por parte del Estado. Una correcta identificación de los riesgos en materia de derechos humanos en las etapas iniciales del proyecto de inversión permite preparar presupuestos y estimar plazos y tiempos de manera realista facilitando que tanto el Estado como el inversionistas aprecian adecuadamente los costos y beneficios de la operación.

Adicionalmente, el tema de las expectativas le incumbe al Estado desde el punto de vista del derecho internacional de la inversión, dado que bajo los AII se protegen la llamadas “legítimas expectativas” del inversionista. El Estado debe por lo tanto ser cuidadoso en el tipo de expectativas que genera en el inversionista para evitar riesgos de litigio bajo los AII. En términos concretos, el Estado debe ser claro, consistente y coherente en la manifestación de la expectativa de respeto a los derechos humanos a través de sus materiales y actividades de promoción de la inversión, en la regulación de la inversión y en sus interacciones con el inversionista en la preparación, negociación e implementación del proyecto de inversión.

De igual manera, cuando el Estado apoya a sus inversionistas – mediante apoyo financiero o diplomático – para invertir en el exterior, debe dejar en claro la expectativa de que el inversionista respete los derechos humanos en todos los sitios donde opere.

- iii. **Integración de la gestión de los riesgos en materia de derechos humanos en las políticas de inversión y su marco regulatorio:** el Estado debe asegurarse que el marco regulatorio aplicable a la inversión requiera el respeto a los derechos humanos. Este marco generalmente incluye los AII y los contratos inversionista-Estado – incluyendo los contratos de concesión y licencia. Estos instrumentos deben asegurar que se requiera la identificación y manejo de los riesgos en materia de derechos humanos, incluyendo la debida diligencia en derechos humanos y la reparación en caso que el inversionista cause o contribuya a generar impactos negativos en los derechos humanos.
- iv. **Mantenimiento de la capacidad regulatoria:** los Estados necesitan flexibilidad para utilizar su capacidad regulatoria en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en derechos humanos. En efecto, los Estados cumplen sus obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos mediante el uso de una amplia gama de medidas incluyendo el establecimiento de políticas, la promulgación e implementación de leyes y normas, la introducción de medidas administrativas y la adopción de decisiones a través de procesos judiciales o extra judiciales. Los Estados no deben, por lo tanto, otorgar a los inversionistas excepciones en el marco legal o en los contratos o en los AII ni asumir obligaciones que interfieran con el ejercicio de su capacidad regulatoria para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. Los Principios sobre contratación responsable – que fueron presentados al Consejo de Derechos Humanos como un apéndice de los Principios Rectores – señalan que

el Estado no debe incluir cláusulas de estabilización en los contratos con los inversionistas que limiten sus esfuerzos de buena fe para ejercer su capacidad regulatoria de manera no discriminatoria en el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos. Adicionalmente, los Lineamientos de la OCDE señalan que las empresas multinacionales deben “[a]bstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o regulatorio relacionadas con los derechos humanos, el medioambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, el sistema tributario, los incentivos financieros u otras cuestiones varias.”<sup>7</sup>

**Este punto es de particular relevancia para Colombia si se tienen en cuenta los compromisos ya asumidos para la reparación de las víctimas del conflicto y la eventualidad de la firma de los acuerdos de paz. El cumplimiento de estos acuerdos y de las demás medidas necesarias para asegurar la reparación de las víctimas del conflicto conlleva la necesidad de ejercer de manera amplia la capacidad regulatoria del Estado y éste debe asegurarse que no restringe indebidamente esa capacidad, en especial, a través de los AI y los denominados contratos de estabilidad jurídica.**

- v. **Transparencia:** el término "transparencia" dentro del contexto de la política y el marco regulatorio de la inversión supone la disponibilidad de información y el acceso a la misma, así como la apertura y participación efectiva en los procesos de toma de decisiones relacionadas con la inversión. Un paso importante en la implementación del deber del Estado de proteger los derechos humanos es garantizar que la formulación de políticas de inversión y su implementación sea transparente (incluyendo el acceso a la información y la eficacia de los mecanismos de participación), en especial, en aquellos casos en que los derechos de las personas se puedan ver afectados. En particular, los contratos entre el Estado y los inversionistas, los procesos de licenciamiento, los AI y la solución de disputas inversionista-Estado, pueden potencialmente estar relacionados con los impactos en los derechos humanos de las personas y debe, por tanto, prestarse especial atención a la garantía de transparencia.
  
- vi. **Introducir medidas especiales para las inversiones en áreas afectadas por conflicto o en zonas de post-conflicto:** las áreas afectadas por conflicto constituyen el contexto donde se producen los peores abusos a los derechos humanos y donde existe un mayor riesgo de que las empresas se vean involucradas en abusos graves a los derechos humanos. En este contexto es esencial que el Estado fortalezca sus esfuerzos para garantizar que los inversionistas no generen ni se vean involucrados en situaciones de abuso a los derechos. El Estado debe asegurarse que cuenta con políticas, normas y mecanismos de ejecución (incluido en materia de responsabilidad civil, administrativa y penal) para abordar en forma eficaz el mayor riesgo de que las empresas domiciliadas o que operen en su territorio o jurisdicción puedan cometer o contribuir a abusos graves a los derechos humanos. El rol de

---

<sup>7</sup> Líneas Directrices de la OCDE, Principios Generales, n. 5.

los Estados de origen de la inversión cobra particular relevancia en apoyar a los inversionistas y a los Estados receptores en evitar y hacer frente a los posibles graves abusos.

**Reparación:** el acceso a mecanismos efectivos de reparación en el caso de abusos de los derechos humanos por las empresas debe ser parte del marco regulatorio de la inversión. En el contexto de la inversión, deben considerarse, por un lado, los retos que el acceso a la reparación representa en el caso de inversionistas extranjeros con complejas estructuras corporativas y de compañías subsidiarias sin suficientes activos en el territorio. Por el otro lado, debe tenerse presente que la ausencia de mecanismos institucionales para canalizar las quejas y obtener reparación en el evento de abusos de derechos humanos por las empresas, resulta el aumento de la conflictividad social y el uso de las vías de hecho que puede llevar paralizar la actividad económica. Adicionalmente, debe considerarse la manera en que la disparidad de los mecanismos de remediación disponibles para los inversionistas en caso de violación de sus derechos bajo los AIJ y los disponibles para las víctimas de abusos cometidos por los inversionistas en derechos humanos pueden constituir un obstáculo para el acceso a la reparación efectiva de las víctimas.

La integración del tema de inversión en el PNA también debe tener en cuenta el contexto colombiano y las problemáticas que los diversos actores involucrados identifican como relevantes. Los eventos en Colombia permitieron recoger una serie de impresiones al respecto, que sin ser exhaustivas, proporcionan una orientación en la preparación de las recomendaciones. A continuación se presenta una síntesis de esas impresiones. Esta síntesis refleja las diversas visiones y percepciones de los actores que participaron en el taller y los diálogos y no se atribuyen a ningún individuo en particular.

### **C. INVERSIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO: SÍNTESIS DE TEMAS PRIORITARIOS**

Para comenzar vale la pena señalar dos temas que de manera generalizada fueron identificados por los diferentes partícipes como una preocupación importante en materia de empresas y derechos humanos. Estos temas proveen un contexto general antes de pasar a los comentarios puntuales sobre el tema de inversión.

En primer lugar, se identificó una **preocupación sobre la ausencia de confianza entre los diversos actores interesados**. Tanto la sociedad civil como las empresas expresaron su preocupación por la falta de legitimidad y confianza que se tiene en el Estado. En particular, se manifestó que no se confía en la capacidad del Estado como garante de derechos. Adicionalmente, existe un alto nivel de desconfianza entre la sociedad civil y las empresas, especialmente, las empresas de origen extranjero.

En segundo lugar, se señaló la **preocupación sobre la ausencia y debilidad institucional del Estado**. Las empresas y la sociedad civil manifestaron su preocupación por lo que se identificó como graves vacíos de la presencia del Estado en diversas regiones del país. Se anotó además la preocupación por la debilidad institucional, especialmente a nivel local, donde hay graves problemas de falta de capacidad técnica y de confusión en materia de facultades legales. Se manifestó igualmente una alta

preocupación por la ausencia de coordinación y de comunicación a todos los niveles de gobierno, pero especialmente, entre el nivel central de gobierno y el nivel regional y local, que genera confusión, ineficiencia y es un espacio propicio para la corrupción.

Ahora bien, en materia de inversión, se trajeron a colación varios temas, incluyendo en particular los siguientes:

- 1. Preocupación generalizada por la falta de información relevante para la toma de decisiones económicas, incluyendo los proyectos de inversión:** la falta de información fue identificada como un problema generalizado que afecta a todos los actores interesados, incluyendo al mismo Estado. Se hizo especial énfasis en los problemas de información relacionados con la propiedad de la tierra, su uso, la existencia de zonas protegidas, la presencia de comunidades, así como sobre la historia de despojo y desplazamiento. Se anotó que diversas instituciones poseen información en ocasiones fragmentada e incompleta, que la información no se encuentra unificada y que no se comparte de manera eficiente entre las agencias estatales, ni se pone a disposición de una forma clara y de fácil acceso.

Para las empresas, existe una desconfianza en la información que éstas generan y no existe una instancia independiente de validación de dicha información. También se identificó una deficiencia sobre la información que el gobierno pone a disposición. Al mismo tiempo, se manifestó como los inversionistas y las empresas no reconocen legitimidad ni credibilidad a los informes de seguimiento y control que prepara la sociedad civil. Esto revela otra faceta de la falta de confianza que impera entre los actores involucrados y la incapacidad del Estado de proveer una instancia de información clara y objetiva que satisfaga las necesidades y expectativas de todas las partes.

La sociedad civil manifestó además los problemas existentes para tener acceso a la información sobre proyectos específicos de inversión, incluyendo problemas relacionados con el momento en que se pone a disposición la información, la complejidad de su presentación, su parcialidad y falta de claridad, así como los costos y trámites asociados para acceder a la misma. Se mencionó como no existe una información imparcial sobre la forma y alcance de los impactos ambientales y sociales de los proyectos.

- 2. Preocupación sobre la deficiencia de los mecanismos de participación:** además de los problemas de disponibilidad y acceso a la información, la sociedad civil manifestó su preocupación por lo que identificó como deficiencias de los mecanismos de participación. En particular, se manifestó cómo en su experiencia los mecanismos existentes de participación son meramente formales y se limitan a ser instancias puramente informativas que al final no tienen impacto alguno en la configuración del proyecto o en la generación de decisiones públicas.

- 3. Precepción sobre la falta de preparación del Estado en el diseño y otorgamiento de proyectos de inversión:** tanto las empresas como la sociedad civil coincidieron en que el Estado no se prepara de manera adecuada para diseñar y otorgar proyectos de inversión. En particular, se manifestó cómo el Estado no tiene en cuenta el tema de los impactos sociales ni tiene una visión integral de los impactos ambientales al planear un proyecto ni al negociar un contrato ni al definir los términos de una licencia. El Estado entrega áreas para la explotación sin tener claridad sobre las problemáticas ambientales y sociales que hay en la zona y por lo tanto ni los tiempos del contrato ni los factores económicos del mismo reflejan los imperativos que estas problemáticas imponen en cuanto a la identificación y manejo de riesgos. Esta situación es además problemática para el Estado ya que impide que se evalúe de manera precisa el beneficio que la inversión puede traer frente a los costos y riesgos que ésta puede estar generando.
- 4. Cuestionamientos sobre la promoción de la inversión en el extranjero:** se discutió la manera en que las agencias del Estado promueven la inversión en Colombia y se manifestó la preocupación sobre el hecho de que se omita señalar los retos que supone invertir en el contexto del conflicto armado y ahora en el contexto del postconflicto de firmarse los acuerdos de paz.
- 5. Confusión sobre la política de inversión extranjera:** durante el taller con los funcionarios de gobierno, se puso de manifiesto la falta de claridad sobre la existencia de una política de inversión extranjera. Se señaló que además de una política de nivel general existía la posibilidad de que se adoptaran políticas sectoriales, pero no había claridad ni sobre los lineamientos de esas políticas ni sobre las competencias para su adopción. Se mencionó también que algunas agencias tenían “estrategias” de inversión pero éstas tampoco responden a ningún tipo de política general o lineamientos. Parece, por lo tanto, que no hay claridad sobre cuál es el objetivo de la inversión extranjera ni tampoco sobre cuáles son las expectativas que se tiene sobre la inversión que llega a Colombia, en particular, en cuanto al respecto a los derechos humanos y su contribución con el desarrollo sostenible y la construcción de paz.

#### **D. RECOMENDACIONES EN MATERIA DE INVERSIÓN**

Para empezar es conveniente recordar que el alcance de estas recomendaciones se limita al tema de la inversión extranjera. Es importante también tener en cuenta que estas recomendaciones se hacen en la etapa final de preparación del Plan, en la medida en que éste planea adoptarse el 10 de diciembre próximo. En consecuencia, se han pensado las recomendaciones de una manera pragmática y de forma que puedan aún ser tenidas en cuenta. Las recomendaciones no abarcan, por lo tanto, cuestiones relativas al proceso de preparación del Plan o a su estructura. Se anota que no se incluye una valoración de las motivaciones políticas que determinan la adopción del Plan con tanta premura y se asume que dichas motivaciones han tenido en cuenta las ventajas y desventajas que la adopción en estas circunstancias puede conllevar.

Las recomendaciones se hacen teniendo como base el borrador del PNA que fue presentado y comentado durante el taller de expertos organizado por el gobierno en Cartagena el 27 de octubre pasado (en adelante, el **Borrador**).

Por último, es importante tener presente el alcance y limitaciones del PNA. El problema de los abusos de derechos humanos por las empresas está estrechamente ligado a cuestiones estructurales relacionadas con la debilidad institucional y la falta de confianza en el Estado, como se señaló en la sección anterior. No es un PNA el que va a ofrecer las soluciones definitivas a estos problemas estructurales. Sin embargo, el PNA puede erigirse como una valiosa herramienta para proveer espacios y oportunidades que permitan avanzar en la reconstrucción de la confianza y en promover los esfuerzos de fortalecimiento institucional. Para convertirse en esa herramienta, es necesario que el Plan no se presente como un largo catálogo de medidas cuyo cumplimiento no está asegurado ni desde el punto de vista presupuestal ni político. La generación de grandes expectativas que no pueden ser cumplidas alimentaría la desconfianza histórica que se tiene del Estado y redundaría de manera negativa en el problema de legitimidad que enfrenta el Estado en materia de derechos humanos.

El Plan debería incluir una serie de acciones concretas, pequeños pasos y metas que puedan ser cumplidas dentro de un plazo razonable. Las acciones cumplidas y los compromisos respetados, van restituyendo poco a poco la confianza. Este proceso de reconstrucción de confianza es particularmente importante de frente a la eventualidad de la firma de los acuerdos de paz.

A continuación se presentan una serie de acciones que se proponen como **pasos iniciales** tendientes a construir un régimen de la inversión extranjera que incorpore de manera integral el respeto a los derechos humanos y que de respuesta a las inquietudes planteadas en torno a la política de inversión, el acceso y manejo de la información y la preparación del Estado en el diseño y otorgamiento de los proyectos de inversión.

- i. **Poner en marcha un diálogo interinstitucional y multi-actor para la construcción de una política de inversión:** se recomienda que el Plan ponga en marcha un diálogo interinstitucional y multi-actor para abordar la construcción de una política sobre inversión que de manera expresa comunique la expectativa de que los inversionistas respeten los derechos humanos y fije el propósito que debe servir esa inversión, incluyendo en materia de objetivos de desarrollo sostenible y de construcción de paz. Esta política debe guiar la generación de una estrategia de atracción de inversión, tanto a nivel nacional como sectorial y regional, de manera que se trabaje de manera coordinada y conjunta en garantizar que se atrae la inversión que el país necesita.
- ii. **Revisión del marco regulatorio para asegurar el mantenimiento de la capacidad regulatoria del Estado:** se recomienda que el Plan proponga la revisión del marco regulatorio para determinar las instancias en las que la legislación, los contratos firmados con los inversionistas y los AIJ reducen la **capacidad regulatoria del Estado para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos** (por ejemplo, mediante cláusulas de estabilización o los llamados

contratos de estabilización). La revisión deberá incluir particularmente el análisis de los AIJ firmados por Colombia para determinar de qué manera los acuerdos pueden afectar la capacidad regulatoria del Estado en relación con las obligaciones de derechos humanos, prestando especial atención al contexto de conflicto y post-conflicto por el que atraviesa el país.

iii. **Revisión del marco regulatorio e institucional para identificar la manera en la que el Estado requiere la identificación y gestión de los riesgos en materia de derechos humanos:** se recomienda la revisión de los marcos regulatorios e institucionales de los sectores prioritarios para la inversión extranjera (minería, hidrocarburos, infraestructura y agro industria) para identificar las dinámicas y las falencias de dichos marcos en la **identificación y manejo de los riesgos en materia de derechos humanos**. En particular, la revisión deberá constatar si:

- Se le exige al inversionista que identifique los impactos adversos actuales y potenciales que su actividad puede tener en materia de derechos humanos.
- Se requiere la debida diligencia en materia de derechos humanos.
- Se requiere la reparación de los impactos adversos en los derechos humanos.
- Se requiere la consulta con las comunidades afectadas (además de los casos de las comunidades indígenas y afro-descendientes).
- Se integra la información obtenida mediante las consultas y la debida diligencia en la negociación y preparación de los documentos contractuales

Estas revisiones deberán incluir recomendaciones para solucionar las falencias institucionales y regulatorias identificadas. Tanto la evaluación como las recomendaciones deberían ser llevadas a cabo mediante un proceso consultivo (a nivel inter-institucional y multi-actor). Este trabajo incluiría por ejemplo, la reflexión sobre el tipo de dinámicas, cláusulas y procedimientos contractuales necesarios para integrar el manejo de los riesgos en materia de derechos humanos o el contenido de la estrategia de promoción de la inversión o el tipo de reformas para los tratados de inversión.

Además de estas tres acciones, se hacen recomendaciones puntuales sobre algunas de las medidas incluidas en el Borrador con el fin de introducir pequeñas adiciones que permitan abordar algunas de las problemáticas planteadas en materia de inversión.

- Punto 1.6 del Plan: en la medida en que las misiones diplomáticas de Colombia, las representaciones permanentes, las oficinas consulares y las denominadas “agencias encargadas de la internacionalización empresarial” jueguen un rol en la promoción de la inversión extranjera en Colombia, la capacitación en empresas y derechos humanos debería ampliarse para que los funcionarios de estas entidades puedan brindar información a los potenciales inversionistas extranjeros sobre los riesgos de derechos humanos en Colombia – en particular a la luz de la situación de conflicto y eventual post-conflicto. Estos funcionarios deberían estar también en capacidad de comunicar la expectativa de que los inversionistas respeten los derechos humanos y explicar de manera concreta en qué consiste esta expectativa, esto es, lo que se espera en materia de identificación, prevención, mitigación y

remediación de los impactos adversos que pueda causar la inversión en materia de derechos humanos, así como las instancias con que cuenta el Estado para apoyar al inversionista en esta tarea. Esta capacitación debería también incluir a ProColombia y a las agencias sectoriales y regionales que promueven la inversión extranjera en el país.

- Punto 1.7 del Plan: se propone que como parte de la iniciativa planteada en este punto se cree un portal en línea dedicado al tema de empresas y derechos humanos en el Observatorio de la Consejería de Presidencia para los Derechos Humanos de manera que se recopile no solo la información del Subsistema DESCAsino sino la proveniente de otras entidades y agencias que sea relevante para identificar los riesgos en materia de derechos humanos. Esta información deberá ponerse a disposición de las misiones diplomáticas y económicas del gobierno, ProColombia y demás entidades encargadas de la promoción de la inversión para que la hagan llegar a los inversionistas en una etapa temprana de la consideración del proyecto de inversión.
- Punto 2.4 del Plan: no es claro a qué se refieren los “criterios de derechos humanos” que se recomienda sean incluidos en la negociación de los tratados. Sin embargo, antes de entrar a indicar la inclusión de tales criterios, es necesario que se plantee la necesidad de reconocer y entender las falencias y los riesgos que los tratados de inversión actuales plantean en términos de derechos humanos para luego generar una solución. En este punto se reenvía a las recomendaciones (ii) y (iii) relativas a la revisión de los marcos regulatorios e institucionales.
- Punto 4.10 del Plan: el diseño de la estrategia para avanzar en el respeto a los derechos humanos en el sector minero debería tener como punto de partida la revisión de los marcos regulatorios e institucionales existentes para identificar las dificultades en la identificación y manejo de los riesgos en materia de derechos humanos y la posibilidad de limitar la capacidad regulatoria del Estado, como se propone en las recomendaciones (ii) y (iii) así como para establecer las vías de acceso a reparación disponibles en caso de impactos adversos a los derechos humanos.
- Punto 10.1 del Plan: se sugiere que el mapa de los mecanismos de remediación sobre empresas y derechos humanos existente en el país incluya el análisis de los desafíos que se plantean en torno a la inversión extranjera en esta materia. Este análisis debería incluir puntos tales como: los retos que el acceso a la reparación representa en el caso de inversionistas extranjeros con complejas estructuras corporativas y de compañías subsidiarias sin suficientes activos en el territorio y la manera en que la disparidad de los mecanismos de reparación disponibles para los inversionistas en caso de violación de sus derechos bajo los AI y los disponibles para las víctimas de abusos cometidos por los inversionistas en derechos humanos pueden constituir un obstáculo para el acceso a la reparación efectiva de las víctimas.

Dada la particular relevancia del tema de la inversión extranjera en la actual coyuntura del país y la necesidad imperiosa de que esta inversión se lleve a cabo respetando los derechos humanos y apoyando los esfuerzos de construcción de paz, esperamos que el tema de inversión sea considerado de manera integral en el Plan y que las recomendaciones formuladas sean de utilidad para tal fin.

Esperamos también que el Plan pueda erigirse como un instrumento de construcción de confianza y, para tal fin, que los compromisos que se incluyan sean concretos y realizables en el plazo fijado en el Plan. El Plan es un punto de partida en el largo camino de implementación de los Principios Rectores y del deber del Estado de proteger los derechos humanos. Esperamos que el Plan pueda canalizar la voluntad política necesaria para avanzar en ese camino y poner en marcha los procesos y diálogos transparentes e inclusivos que se requieren para generar soluciones efectivas al desafío que plantea el respeto de los derechos humanos en el contexto de la actividad económica.