

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

BEAR CREEK MINING CORPORATION

Demandante

y

REPÚBLICA DEL PERÚ

Demandada

(Caso CIADI No. ARB/14/21)

OPINIÓN PARCIALMENTE DISIDENTE

PROFESOR PHILIPPE SANDS QC

1. En ciertos aspectos, el presente podría describirse como un caso simple. Un inversionista - la Demandante, Bear Creek Mining Corporation – adoptó la decisión de explotar la reserva de mineral de plata ubicada en una localidad de Perú llamada Santa Ana en el departamento de Puno. En virtud del Artículo 71 de la Constitución Política del Perú, esta localidad, que se encuentra dentro de los 50 kilómetros de la frontera entre Perú y Bolivia, exigía que la Demandante obtuviera - de forma conjunta con una gran cantidad de otros requisitos en materia de permisos - un Decreto de "necesidad pública" otorgado por el Consejo de Ministros del Perú. En el mes de noviembre de 2007, el Consejo de Ministros procedió con la adopción del Decreto Supremo 083-2007 por medio del cual se declaraba de necesidad pública al Proyecto Santa

Ana. Ello autorizaba a la Demandante a adquirir siete derechos de minería en la localidad de Santa Ana, departamento de Puno. Luego de tres años y seis meses, en junio de 2011, el Consejo de Ministros adoptó el Decreto Supremo 032-2011-EM. Dicho documento revocaba el Decreto Supremo 083-2007 y la decisión de "necesidad pública", hecho que ponía fin al derecho de la Demandante de operar sus concesiones en Santa Ana. En el transcurso de dichas fechas - noviembre de 2007 y junio de 2011 - hubo protestas y una situación de agitación social considerable en el departamento de Puno. Tal como se establece *infra*, tengo claro que las protestas y las agitaciones sociales fueron causadas, en parte, por el Proyecto Santa Ana.

2. Estoy de acuerdo en gran medida con las conclusiones del Tribunal, a los efectos de que, en virtud de los términos del Tratado de Libre Comercio Canadá - Perú (TLC): la Demandante hizo una inversión; el Tribunal goza de jurisdicción respecto de la reclamación; y que no hay impedimento alguno para que el Tribunal ejerza dicha jurisdicción (admisibilidad). Asimismo, estoy de acuerdo con la conclusión de que el propósito del Decreto Supremo 032-2011 radicaba en la expropiación indirecta del derecho de la Demandante a operar las concesiones en Santa Ana, y que ello constituye una violación al Artículo 812 del TLC. En mi opinión, las circunstancias que enfrentaba el gobierno de Perú - agitación social creciente y multitudinaria originada, en parte, por el Proyecto Santa Ana - no le dejaban ninguna otra opción más que actuar de alguna forma para proteger el bienestar de sus ciudadanos; sin embargo, el Consejo de Ministros disponía de otras alternativas menos draconianas, incluso la suspensión del Decreto 083-2007 en lugar de la revocación. El Tribunal no tiene pruebas ante sí de que estas otras alternativas fueron analizadas o evaluadas de forma adecuada o incluso en su totalidad. Las circunstancias en las cuales el Decreto Supremo 032-2011 fuera adoptado - en particular el hecho de no otorgarle a la Demandante el derecho de ser oída con anterioridad a su adopción - asimismo dan origen, en mi opinión, a la violación del Artículo 805 lo que constituye una violación de la obligación de ofrecer un "trato justo y equitativo". No obstante ello, comprendo la conclusión del Tribunal de que *“las Partes no han presentado argumentos relacionados con las consecuencias jurídicas de esta determinación, y en efecto, esta determinación no se modificaría ni se sumaría a las que resulten de una expropiación indirecta ilícita”*¹.

¹ Laudo, párr. 533.

3. También concuerdo con la Mayoría respecto de que la consecuencia de la violación del Artículo 812 del TLC le confiere a la Demandante el derecho de percibir una indemnización, junto con el enfoque general adoptado relativo a la evaluación de dicha indemnización. En particular, coincido plenamente - dadas las perspectivas especulativas e improbables del Proyecto ante la seria agitación social, la imposibilidad evidente de obtener una "licencia social" y las diversas autorizaciones en materia ambiental y regulatoria que todavía deben obtenerse - con la conclusión dispuesta en el Laudo respecto de que “*el cálculo de la indemnización por daños de la Demandante en el presente caso no puede realizarse por vía de referencia a la posible rentabilidad prevista del Proyecto Santa Ana y el método FCD*”². En estas circunstancias, la medida adecuada en materia de daños debe evaluarse en referencia a la inversión real de la Demandante en el Proyecto con posterioridad al 27 de noviembre de 2007³.
4. No obstante, disiento con la evaluación de la Mayoría respecto de la cuantía de los daños que se adeudan al momento de aplicar este enfoque y, en particular, respecto de la no reducción de dicho importe a raíz de la responsabilidad de la Demandante relativa a su contribución a la agitación⁴. Si bien concuerdo con que la Demandada es quien debe establecer cualquier responsabilidad concurrente, mi evaluación de las pruebas presentadas al Tribunal radica en que la Demandada ha demostrado de forma evidente la responsabilidad concurrente de la Demandante, en virtud de sus actos y omisiones, respecto de la agitación social que derivara en el dilema que el gobierno de Perú debió enfrentar y en la necesidad de hacer algo razonable y lícito para proteger el bienestar público. Planteo mi razonamiento en la presente Opinión Parcialmente Disidente.
5. Un aspecto central de los hechos argumentados ante el Tribunal está relacionado con las circunstancias del colapso del Proyecto Santa Ana - una cuestión de hecho - y el estándar jurídico que se debe aplicar - una cuestión de derecho. Respecto de esta última, y tal como señalara el Tribunal, el laudo en *Abengoa* ofrece el estándar jurídico que se debe aplicar. En virtud de este enfoque, se insta al Tribunal a determinar que “*no se hubieran producido los*

² Laudo, párr. 604.

³ La Demandante invirtió un monto total de USD 21.827.687. Sin embargo, como parte de dicha inversión tuvo lugar con anterioridad a que la Demandante obtuviera de forma legal las concesiones el 27 de noviembre de 2007 cuando se emitiera el Decreto Supremo 083, el importe total así invertido por la Demandante asciende a USD 18.237.592. Véase el Laudo, párrs. 658 y ss.

⁴ Laudo, párr. 668.

acontecimientos que ... condujeron a la pérdida de la inversión de las Demandantes” si “un programa de comunicación social hubiese sido llevado a cabo”⁵. No me convence la conclusión a la que se arribara en el párrafo 411 del Laudo en este caso. En base a las pruebas presentadas ante nosotros, encuentro dificultades para comprender la forma en la cual podría concluirse, tal como hace la Mayoría, que no hubo vinculación alguna - o una parcial relación de causalidad- entre la manera de proceder de la Demandante y las circunstancias que dieron origen, en primer lugar, a la interrupción del Proyecto Santa Ana, y, en segundo lugar, a su finalización anticipada como consecuencia del Decreto Supremo 032- 2011.

6. Para arribar a una opinión contraria a la de mis colegas, me sustenté en la totalidad de las pruebas que nos fueran presentadas por las Partes, y en particular en el testimonio extenso de una gran cantidad de testigos y peritos. En virtud de los fundamentos planteados *infra*, en mi opinión estas pruebas demuestran con claridad que los actos y omisiones de la Demandante, en el período anterior al año 2008, en el transcurso de dicho año, con posterioridad a él, y hasta el mes de mayo de 2011, contribuyeron de forma sustancial al acaecimiento de los eventos que propiciaron y luego desencadenaron el colapso del Proyecto. En particular, el Proyecto colapsó debido a la imposibilidad del inversionista de obtener la "licencia social", el entendimiento necesario entre los que propiciaban el Proyecto y aquellos que residían en las comunidades que podrían verse mayormente afectadas por dicho Proyecto, ya sea de forma directa o indirecta. Resulta evidentemente obvio que la viabilidad y el éxito de un proyecto de estas características, ubicado en la comunidad del pueblo Aymara - un grupo de comunidades intercomunicadas - dependieran necesariamente del apoyo local. En este sentido, es casi imposible decir que el Proyecto tuvo un buen comienzo ya que la Demandante hizo uso de cierto subterfugio al momento de obtener permisos a nombre de uno de sus propios empleados con bajo nivel jerárquico - la Sra. Villavicencio, nacional de Perú – y la Demandante, en su calidad de sociedad extranjera, no estaba autorizada o legalmente no tenía el derecho de obtener dichos permisos en ese momento. En ausencia de cualquier otra alternativa, la falta de transparencia en la referida etapa temprana del Proyecto sólo puede haber contribuido a socavar las condiciones necesarias para construir la confianza a más largo plazo. El descontento que luego tuvo lugar,

⁵ Laudo, párr. 410 que cita al Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo (18 de abril de 2013).

el cual fuera expresado por diversos miembros de las comunidades locales afectadas, era previsible.

7. En este sentido resulta útil que las Partes concuerden en líneas generales que la inversión fue llevada a cabo en una zona en la cual los derechos de diversas comunidades de pueblos indígenas estaban totalmente involucrados - conforme al derecho nacional e internacional. Las disposiciones del Convenio 169 de la OIT (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales), que fuera aplicable al territorio de Perú con posterioridad a que dicho país se convirtiera en Parte del referido Convenio el 2 de febrero de 1994, son de particular relevancia. El Preámbulo del Convenio, que fuera adoptado en el año 1989 reza lo siguiente: “[r]econociendo las aspiraciones de esos pueblos [indígenas y tribales] a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”, y “[r]ecordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”. La redacción del preámbulo fomenta al inversionista a que considere en la mayor medida posible las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales. El hecho de establecer condiciones de transparencia y confianza constituye un pre-requisito esencial para el éxito de cualquier proyecto que involucre el arribo de una sociedad proveniente de un lugar lejano para llevar a cabo una inversión en territorio de pueblos indígenas y tribales.
8. El Artículo 1 dispone que el Convenio “se aplica a” ciertos “pueblos tribales” y “a los pueblos ... considerados indígenas”. No hay dudas de que ello es aplicable al pueblo Aymara respecto de las actividades propuestas por el Proyecto Santa Ana. No se ha formulado ningún argumento serio que indique lo contrario.
9. El Artículo 13(1) del Convenio dispone lo siguiente:

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

Luego, el Artículo 15 dispone lo siguiente:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Tal como se señalara, no es materia de controversia entre las Partes de que el Convenio sea aplicable a los pueblos indígenas ubicados en el área del Proyecto Santa Ana⁶. Este es el caso, por supuesto, en que la obligación de implementar el Convenio recae en el Estado⁷ a través de su aplicación por medio del derecho nacional. En el caso de Perú, el Convenio 169 de la OIT fue aprobado e implementado en el año 1993 por medio de la Resolución Legislativa No. 26253.

10. De todos modos, el hecho de que el Convenio no imponga obligaciones de forma directa en el inversionista particular extranjero en calidad de tal no significa, sin embargo, que no reviste importancia o que carece de efectos legales respecto de ellos. En *Urbaser c. Argentina*, el Tribunal señaló que *“el derecho humano a la dignidad de cada persona y su derecho a condiciones de vivienda y de vida adecuadas son complementadas por una obligación de todas las partes, tanto públicas como privadas, de no realizar actividades tendientes a suprimir tales*

⁶ Véase, por ejemplo, la Primera Presentación de la Demandante Posterior a la Audiencia (21 de diciembre de 2016), párrs. 1 y ss; Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (6 de octubre de 2015), párrs. 62 y ss.

⁷ Observación de la CEACR sobre Bolivia 2005/Reunión No. 76: *“...la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una obligación a cargo de los Gobiernos y no de personas o empresas privadas”.*

derechos”⁸. Asimismo, el Tribunal en *Urbaser* señaló que el TBI aplicable en dicho caso “*debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos*”⁹, y que el Artículo 42(1) del Convenio CIADI junto con la cláusula aplicable de dicho TBI (Artículo X(5)) disponían que “*el Tribunal aplicará la legislación del Estado receptor “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”¹⁰.

11. Las mismas consideraciones son aplicables al presente caso en lo que respecta a los requisitos del Convenio 169 de la OIT y en particular a su Artículo 15 sobre los requisitos de consulta. El Artículo 837 del Tratado de Libre Comercio Canadá - Perú sobre Derecho Aplicable dispone que este Tribunal “*resolverá los temas en controversia de conformidad con este Tratado y a las normas aplicables del derecho internacional*”. El Convenio 169 de la OIT constituye una norma de derecho internacional aplicable al territorio de Perú. Este Tribunal tiene la facultad de considerar el Convenio en la determinación de si la Demandante cumplió con su obligación de dar efecto a las aspiraciones del pueblo Aymara de forma apropiada, teniendo en cuenta todos los requisitos legales pertinentes, incluso la aplicación de la legislación de Perú que lo implementa.

12. La relevancia y la aplicabilidad del Convenio 169 fueron aceptadas por la Demandada¹¹. Respecto de la Demandante, su Director de Operaciones, el Sr. Elsiario Antunez de Mayolo, indicó en su declaración testimonial que el Convenio fue “[*mencionado*] ... *dentro de la Evaluación del Impacto Ambiental y y tanto internamente como en la consultora*”¹². Los abogados de la Demandante aceptaron que el Convenio había sido “*incorporado en*” el derecho nacional, incluso el derecho relativo a la consulta que les asistía a los pueblos indígenas conforme a dicho Convenio¹³. La relevancia del Convenio fue reconocida por ambas Partes, independientemente de su incorporación por medio del derecho nacional de Perú o de cualquier

⁸ Caso CIADI No. ARB/07/26, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c La República Argentina*, Laudo (8 de diciembre de 2016), párr. 1199.

⁹ *Ibid.*, párr. 1200.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 1202.

¹¹ Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (6 de octubre de 2015), párrs. 62, 135.

¹² Transcripción en 613:11-16.

¹³ Transcripción en 625:6-20 (Sr. Burnett).

otro modo. De todos modos, cuando le consulté al Sr. Antunez de Mayolo si conocía las disposiciones del Artículo 15 del Convenio, o si alguna vez lo había visto, él contestó: “no”¹⁴. En mi opinión, ello indica que la Demandante tenía, en el mejor de los casos, una relación algo indiferente respecto de los derechos esenciales establecidos en esta parte del Convenio. No estaba totalmente preparada para realizar la inversión en el territorio de las comunidades de pueblos indígenas - los pueblos involucrados en el proyecto en el cual se había embarcado - como debería haber estado.

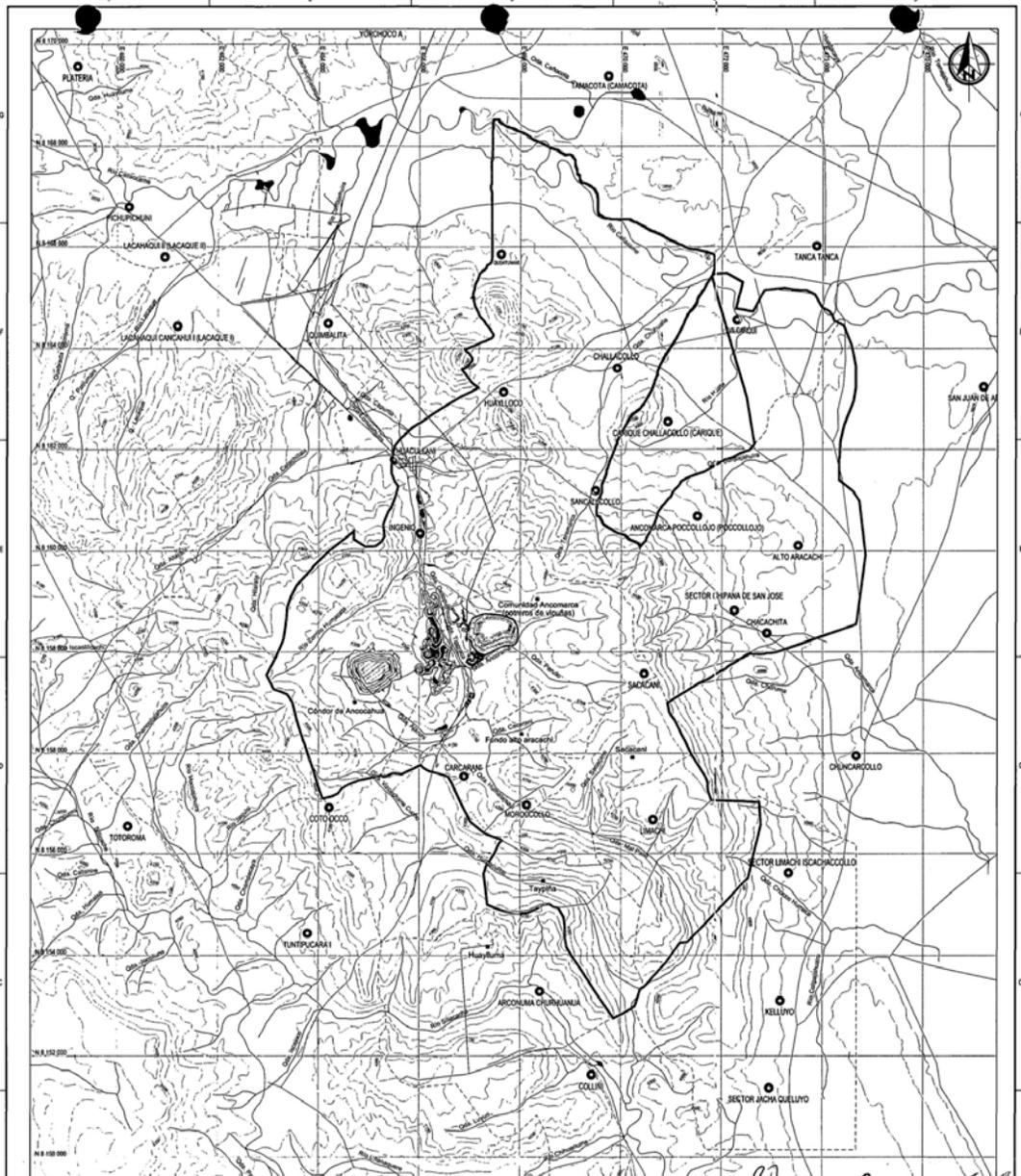
13. El Artículo 15 reconoce varios derechos “*de los pueblos interesados*”. Estos derechos comprenden lo siguiente: (1) “*a participar en la utilización, administración y conservación de*” ... “*los recursos naturales existentes en sus tierras*”; (2) “*a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*”; y (3) a “*participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades*”. Cabe destacar que el Convenio vincula el derecho a ser consultado con el derecho a participar en los beneficios. También se debe señalar que cuando el Artículo 15 hace referencia a “*esos pueblos*” involucra a todos “*los pueblos interesados*”, no sólo a algunos de ellos.

14. En consecuencia, la cuestión radica en determinar si el Proyecto Santa Ana ha dado efecto suficiente a los derechos de todos los “*los pueblos interesados*”, tal como exige el Convenio y el derecho nacional que lo implementa. Ello plantea, como primera cuestión, quiénes eran “*los pueblos interesados*”, y como segunda cuestión, si los derechos de todos estos pueblos, incluso, en particular, el derecho de ser consultados, fueron suficientemente reconocidos.

15. Las pruebas presentadas ante nosotros incluyen un mapa contenido en la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Dicho mapa muestra, dentro de una línea continua indicada en el mapa, la zona geográfica a explotar conforme al Proyecto, y el área directamente afectada¹⁵.

¹⁴ Transcripción en 612:3-6.

¹⁵ Anexo R-398.



LEYENDA

- CENTRO POBLADO
- PARCIALIDAD
- CURVAS DE NIVEL
- ÁREA DE INFLUENCIA DIRECTA SOCIAL
- CURSOS DE AGUA EXISTENTE
- INSTALACIONES PROPUESTAS
- CANTERA DE MATERIAL DE PRESTAMO
- LÍMITE DE COMUNIDADES 2010
- CAMINO PRINCIPAL
- TROCHA CARROZABLE

DISTANCIAS DEL CENTRO DEL PROYECTO A LOS CENTROS POBLADOS

CENTRO POBLADO	DISTANCIA (Metros)
Vicosani	8123.36
Quenurani	7153.11
Challacollo	5873.69
Sancaycollo	3772.79
Huayllaco	4456.84
Ingenio	1687.07
Poccollo	5274.96
Chacachita	6311.03
Parcialidad Sacacani en la CC Arconuma	3876.52
Parcialidad Taypilla en la CC Arconuma	5616.20
Parcialidad Huaylluma en la CC Arconuma	6653.68
Fundo Alto Aracachi en la CC Alto Aracachi	2683.62
Huacullani	3214.36
Fundo Caracani	3227.57
Fundo Monocollo	4100.11
Distrito Kelluyo	11330.36
Distrito zepita	29613.41

[Signature]
CARLOS CRISTIAN JIMAN EGAVIL
 INGENIERO CIVIL
 C.I.P. 40834
 700 100 1000 1500 2000
 (EN METROS)
 1:75,000



Ausenteo Vector
 Calle Ecuador 371
 Pisos 8, San Isidro
 Lima 27
 Perú
 T +51 1 205 5800
 F +51 1 205 4833
 W www.ausenteo.com

REF. MINEM 10/01/2011
REF. Informe N°399-2011-MEM-AAM
Respuesta a la Obs. 3

BEAR CREEK MINING COMPANY
 ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL - PROYECTO SANTA ANA

FECHA	REVISIÓN	ELABORADO	REVISADO	APROBADO	PROFESIONISTA	ESCALA	PROYECTO	FECHA	PLANO	NO.
10/01/2011	1	F. SANTILLAN	F. SANTILLAN	F. SANTILLAN	INGENIERO CIVIL	1:75,000	07.82.13.03	10/01/2011	A3	2.30 A

MEM-DS-AM 02308

16. El mapa identifica una cantidad de comunidades que la Demandante entendía originalmente que estaban comprendidas dentro del área de influencia directa del Proyecto. Ello podría considerarse como “*los pueblos interesados*”. Estas comunidades pertenecen étnica y culturalmente al pueblo Aymara. Son pueblos indígenas que se dedican principalmente a la “agricultura, pesca artesanal y ganadería”¹⁶, actividades que están íntimamente vinculadas con el territorio en el cual habitan. Asimismo, para ellos este territorio “*no sólo es un espacio geográfico sino un vínculo espiritual para las comunidades*”, como lo son “los ‘*apus tutelares*’, que representan santuarios espirituales de suma importancia para todos los pobladores de la zona”¹⁷.

17. Durante la etapa de presentaciones escritas, la Demandada modificó este mapa para indicar en color verde todas aquellas comunidades que tenían miembros empleados por la Demandante en uno de sus programas de trabajo rotativos. Los miembros de otras comunidades no estaban involucrados en ningún tipo de programa de trabajo vinculado con el Proyecto Santa Ana. Estas comunidades, supuestamente en oposición al Proyecto Santa Ana, estaban indicadas en el mapa con color rojo¹⁸.

¹⁶ Escrito Amicus Curiae Presentado por la Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente - Puno (“DHUMA”) y el Dr. Lopez (10 de junio de 2016) (español), pág. 3.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 7.

¹⁸ Anexo R-312.

18. Resulta evidente que la cantidad total de comunidades indicadas con color rojo es significativa. Estas comunidades no sólo son aquellas que podrían verse afectadas - ya sea de forma directa o indirecta - por ciertos aspectos negativos del Proyecto, sino aquellas que no obtendrían beneficios económicos del Proyecto. Pareciera que el mapa indica que diversas comunidades fueron tratadas de forma diferente, y que todos los grupos dentro del área de influencia propiamente identificada por la Demandante - ya sea de forma directa o indirecta - no fueron tratados de la misma manera.
19. El Tribunal disponía de pruebas más que suficientes ante sí que demostraban que las comunidades que comenzaron a protestar en el año 2008 (y en años sucesivos, incluso el 2011) tendían a ser aquellas que estaban marcadas en color rojo en este segundo mapa. Ello sugiere un correlato entre los dos factores, y pareciera que ofrece una explicación posible a las respuestas adversas - de ciertas comunidades - respecto del Proyecto Santa Ana y el rol de la Demandante. El hecho de que la Demandante - en virtud de las pruebas presentadas ante el Tribunal - no adoptara medidas reales o suficientes para atender dichas preocupaciones y reclamos, y para obtener la confianza de *todas* las comunidades potencialmente afectadas, se supone que contribuyó, al menos en parte, a generar cierto descontento general de la población respecto del Proyecto Santa Ana el cual se materializara, en última instancia, en las protestas ocurridas en la primavera occidental del año 2011. Las pruebas presentadas ante el Tribunal demuestran que la Demandante tomó conocimiento, a partir del año 2008, que diversas comunidades (marcadas en color rojo) se oponían firmemente; sin embargo, las pruebas presentadas ante el Tribunal demuestran - al menos para mí - que no adoptó medidas efectivas - o, en ocasiones, ninguna medida - para atender las preocupaciones de dichas comunidades.
20. Uno de los peritos que compareció ante el Tribunal en representación de la Demandada fue el Profesor Antonio Alfonso Peña Jumpa. Él se desempeña como Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ostenta títulos universitarios en derecho y antropología, incluso un doctorado en la Universidad de Lovaina en Bélgica. Proporcionó una síntesis clara de sus dos informes periciales, y luego fue contrainterrogado por la Demandante. Considero que es un perito de independencia evidente que fue persuasivo y creíble. Nadie de peso equivalente fue ostentado ante él. Su testimonio fue claro, sutil, equilibrado, centrado en la cuestión y - respecto del impacto que provocó en mí - significativo.

21. Cuando se le mostró una copia del mapa que indicaba las comunidades marcadas en color rojo y verde, el Profesor Peña Jumpa le expresó al Tribunal que las comunidades y *parcialidades* señaladas en cuadrados verdes eran “*beneficiarias*” del Proyecto Santa Ana (Challacollo, Huacullani, Ingenio, Ancomarca y Cóndor Ancocahua)¹⁹ en sentido de que habían obtenido empleo de su parte. Agregó que “*las otras, las que aparecen en color rojo, también pueden identificarse como comunidades o parcialidades*”. Ellas incluían a las comunidades de Yorohoco, Arconuma, Churhuanua, Totoroma, Sacacani, Carique Challacollo y San Juan (conectada con otra comunidad), y todas ellas eran “*comunidades o parcialidades que pertenecen a la zona*” afectada por el Proyecto²⁰. Si bien estaban, según sus palabras, “*conectada plenamente*” con la zona afectada por el Proyecto, estas comunidades no recibieron empleo alguno relativo a dicho Proyecto²¹. Todas estas comunidades, indicadas en color rojo y verde en el mapa, constituían, en su opinión, “*pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras*” según el significado del Artículo 15 del Convenio²², y, así, les asistía el derecho de “*participar [...] en los beneficios que reporten*” las “*actividades [del inversionista]*”, tal como exige el Artículo 15 del Convenio. Estas opiniones no fueron objetadas seriamente por la Demandante en el conainterrogatorio ni tampoco contradichas por otras pruebas presentadas al Tribunal.

22. Respecto de la consulta, y del reclamo de que los *talleres* podrían resultar suficientes para ganarse a estas comunidades, el Profesor Peña señaló que “*había mucha oposición*” incluso dentro de aquellas comunidades a las cuales se les había otorgado empleos²³. Según sus palabras, “*los comuneros de Challacollo, que es una de las supuesta comunidades favorecidas [por el Proyecto], se manifiestan en contra de él*”²⁴. No se pudo contradecir este testimonio en el conainterrogatorio.

23. Las diferencias entre las Partes respecto de este punto radicaban, en su lugar, si todas las indicaciones en el mapa debían considerarse como “*comunidades*”. El Presidente y Director

¹⁹ Transcripción en 1336:1-3.

²⁰ Transcripción en 1336:17-18.

²¹ Transcripción en 1307:7-22.

²² Transcripción en 1383:18-1384:5.

²³ Transcripción en 1340:8-13.

²⁴ Transcripción en 1340:21-1341:2.

Ejecutivo de la Demandante, el Sr. Andrew Swarthout, cuando fue interrogado por el Tribunal, señaló lo siguiente:

“las ciudades en rojo no son comunidades. Por lo menos algunas de ellas -no puedo decir todas- pero diría que la mayoría son simplemente pequeños grupos de ranchos que pertenecen a una comunidad. Aparentemente se postula aquí que Bear Creek no consultó con estas comunidades, pero estos puntos pertenecen a comunidades que fueron objeto de consulta y de talleres. Mi colega, el señor Mayolo, seguramente podrá abordar este mapa en particular, porque él tiene más elementos específicos del campo. Pero yo diría que muchas de estas no son comunidades sino que pertenecen a comunidades que estaban incluidas en nuestra lista de consultas. Yo puedo decir que nosotros incluimos a todas estas”²⁵.

24. El Sr. Antunez de Mayolo le expresó al Tribunal que los círculos de color rojo en el mapa representaban “*agrupaciones de viviendas o agrupaciones de pequeños centros poblados que están dentro de las comunidades*”, que “*no son comunidades sino son agrupaciones de viviendas*”²⁶. Asimismo, expresó que estas “*agrupaciones*” estaban incluidas en los talleres junto con las cuatro o cinco comunidades que conformaban el área de influencia directa²⁷, y que la Demandante había llevado a cabo “talleres informativos” para las comunidades que se encontraban fuera del área de influencia directa²⁸. Sin embargo, en el marco del conainterrogatorio el Sr. Antunez de Mayolo reconoció que había cuatro comunidades en el área de influencia directa del Proyecto²⁹, y otras 32 comunidades más en el área de influencia indirecta (14 en el Distrito de Kelluyo y 18 en el Distrito de Huacullani)³⁰. Además, el Sr. Antunez de Mayolo señaló que no tenía conocimiento de oposiciones al Proyecto con anterioridad a que comenzara con los trabajos en abril de 2010, pero que supo de ello poco tiempo después³¹; y confirmó que era “*probable*” que las comunidades ubicadas en el área de influencia directa que tenían empleo en la etapa de exploración serían “*las que respaldarían*

²⁵ Transcripción en 544:3-17.

²⁶ Transcripción en 561:3-7.

²⁷ Transcripción en 560:19-561:2.

²⁸ Transcripción en 561:19- 562:6.

²⁹ Transcripción en 573:19-574:2.

³⁰ Transcripción en 574:9-11.

³¹ Transcripción en 576:16- 577:10.

más el proyecto”³² (con la implicancia evidente de que aceptaba que las otras comunidades se opondrían), pero que incluso estas comunidades que lo respaldaban “*tenían preocupaciones sobre el Proyecto*”³³ [Traducción del Tribunal]. Señaló también que no hablaba Aymara, el idioma de las comunidades interesadas³⁴.

25. En contraposición al supuesto conocimiento o pericia limitada de los testigos y peritos de la Demandante en cuestiones Aymara, el Profesor Peña Jumpa ofreció asistencia, hecho que considero apropiado, confiable y equitativo. En la síntesis de sus informes, explicó que la comunidad Aymara, que fuera anterior al Imperio Inca y que había habitado esta zona sur de Perú durante “*mucho tiempo atrás*”³⁵, tenía una relación significativa con la tierra (Pachama en Aymara) la cual les proveía los recursos naturales y con las montañas (Apus) las que les brindaban protección³⁶. El Proyecto Santa Ana estaba ubicado en una zona conocida como Chucuito. Incluía muchos distritos, dos de los cuales - Huacullani y Kelluyo – eran “*muy importantes*”³⁷. Indicó que el Proyecto Santa Ana está “*exactamente en la frontera, casi, entre estos dos Distritos*” pero que también se extiende más allá de estos dos distritos respecto de sus efectos y que alcanza a “*lo que está alrededor [áreas como Pisacoma ... y ... Desaguadero]*”, las cuales se vieron “*muy comprometido[s] en este conflicto*”, junto con otras áreas (Zepita, Pomata y Juli)³⁸.

26. Respecto de las limitaciones de las actividades de divulgación y contacto con la comunidad de la Demandante, expresó lo siguiente - sin ambigüedades y en base a las entrevistas que había llevado a cabo:

“La empresa Bear Creek solo trabajó con cuatro comunidades y una parcialidad en la zona vinculada al yacimiento minero. Estas cuatro son las de Concepción Ingenio, las de Challacollo, la de Ancomarca y la comunidad urbana de Huacullani. En adición la parcialidad es Cóndor Ancocahua. Pero se excluyó a 10 comunidades identificadas ellas por la empresa misma como parte de su área de influencia, y se excluyeron doce

³² Transcripción en 581:7-12.

³³ Transcripción en 587:2-3.

³⁴ Transcripción en 575:9-11.

³⁵ Transcripción en 1289:14-18.

³⁶ Transcripción en 1290:10-17.

³⁷ Transcripción en 1292:6-7.

³⁸ Transcripción en 1323:5-18.

*comunidades de Kelluyo ubicadas también dentro de su área de influencia. Aparecen en el croquis.”*³⁹.

Por este motivo, concluyó lo siguiente:

*“las actividades de Bear Creek no fueron suficientes para obtener la comprensión y aceptación de las comunidades”*⁴⁰.

27. El efecto de la exclusión fue significativo. A saber:

*“los miembros de las comunidades excluidas empezaron a protestar en contra del Proyecto Santa Ana. Y estas protestas [fueron parte de] un proceso ... [que comprendió] cuatro etapas: la quema y saqueo del campamento del 2008, la audiencia pública del 2011, la oposición organizada que vino después la audiencia pública, y la explosión social que ocurrió en los días [y] semanas siguientes”*⁴¹.

28. Además, en su opinión y en base al material que había revisado, incluso con anterioridad al saqueo e incendio del año 2008:

*“Bear Creek sabía que las comunidades vecinas se oponían al Proyecto ... [ellos] sabían de las protestas con anticipación ... [ellos] sabían mucha información [incluso] por los menos un mes lo sabían”*⁴².

En su opinión, las protestas del año 2008 *“no fue[ron] un acto terrorista aislado”*⁴³ y *“absolutamente falso”* que fue un acto llevado a cabo por fuerzas externas⁴⁴. Las personas que protestaban provenían de los distritos de Huacullani, Kelluyo y de otros distritos: *“No solamente un grupo pequeño de Huacullani respaldaba el Proyecto. La gran mayoría del distrito de las comunidades estaba en contra, y por eso se plegaron a este hecho”*⁴⁵.

29. Luego, la Demandante se retiró de forma temporaria del Proyecto y retornó con lo que ellos denominaban *una “nueva estrategia”*⁴⁶. Sin embargo, y respecto de la opinión del Profesor Peña:

³⁹ Transcripción en 1324:11-21.

⁴⁰ Transcripción en 1325:12-14.

⁴¹ Transcripción en 1325:16-1326:2.

⁴² Transcripción en 1326:4-18.

⁴³ Transcripción en 1327:10-11.

⁴⁴ Transcripción en 1327:17-18.

⁴⁵ Transcripción en 1327:22-1328:3.

⁴⁶ Transcripción en 1328:8.

“no hubo nueva estrategia; se continuó trabajando con las mismas comunidades y el conflicto se agudizaba”⁴⁷.

En otras palabras, las pruebas presentadas al Tribunal demostraron que la Demandante no aprendió la lección al momento del inicio de las protestas significativas.

30. La etapa siguiente comenzó con la audiencia pública celebrada el 23 de febrero de 2011. El Profesor Peña aceptó que “hubo una gran convocatoria de las comunidades”, pero con base en las entrevistas arribó a la conclusión de que *“algunos [fueron] forzados a ir para dar una tácita aceptación, [p]ero en la gran mayoría había un descontento [con el proyecto]”⁴⁸*. Uno de los grandes problemas con la reunión fue que se celebró en idioma español, no en aymara⁴⁹. La evidencia demuestra que en esa reunión la población afectada tenía *“serias preocupaciones”⁵⁰*.

31. Con posterioridad,

“[e]n marzo de 2011, los miembros de las comunidades de Kelluyo, Huacullani, Desaguadero, Pisacoma, Zepita y otros, se reunieron constantemente para organizarse y pedir la cancelación del Proyecto Santa Ana”⁵¹.

Se presentaron numerosas quejas a las autoridades, pero *“[n]o hubo respuesta del gobierno regional”⁵²*. Esto condujo a un *“explosión social”*, comenzando con protestas locales en Huacullani en el mes de marzo de 2011, que se trasladaron a Desaguadero y Juli en abril de 2011, con el bloqueo de una autopista internacional y el cierre del puente que conecta a Bolivia con Perú. A esto le siguió una huelga de 48 horas, que ofreció *“una advertencia muy seria”* dada la participación masiva, y posteriormente *“una muerte de una protestante del distrito de Kelluyo, [que] enardeció más a los comuneros”⁵³*. Con posterioridad,

“Las protestas se extendieron a las ciudades con poblaciones más grandes [...] pasaron a Juli, que era la capital de la Provincia [...] por último, viene esta tercera parte, radicalización de las protestas, [l]as protestas en el Aeropuerto internacional de Juliaca ... y las movilizaciones aymaras se producen en Lima”⁵⁴.

⁴⁷ Transcripción en 1328:8-10.

⁴⁸ Transcripción en 1329:1-3.

⁴⁹ Transcripción en 1297:16-1298:3.

⁵⁰ Transcripción en 1329:15.

⁵¹ Transcripción en 1329:19-1330:1.

⁵² Transcripción en 1330:10-11.

⁵³ Transcripción en 1331:1-15.

⁵⁴ Transcripción en 1332:13-1333:2.

32. La narrativa es convincente, completamente sustentada por la totalidad de la prueba que puede consultar el Tribunal. Por último, el Profesor Peña ofreció su conclusión en cuanto a la apreciación del inversionista de la situación que enfrentaba:

“Bear Creek no entendió a las comunidades aymaras ni la interrelación social que tienen entre ellas. A pesar de la oposición al proyecto, Bear Creek continuó utilizando la misma estrategia de trabajo que generó división en las comunidades. Si Bear Creek hubiera entendido cómo trabajar en las comunidades aymaras, el conflicto social no hubiera alcanzado esos niveles de crisis extrema que ocurrieron en la región”.

Agrega lo siguiente:

“Si es que no se suspendían las labores de este proyecto minero, los comuneros aymaras hubieran continuado [con las protestas]”⁵⁵.

33. En síntesis, es evidente de su declaración testimonial, la que no es realmente rebatida por la Demandante, que el programa de divulgación del inversionista fue inadecuado: no involucró a todas las comunidades posiblemente afectadas, ofreciéndoles empleos sólo a algunas y participando de consultas que fueron irregulares e insuficientes para penetrar en la totalidad de las comunidades. ¿Qué debería haber hecho la Demandante? El Profesor Peña afirma que la Demandante debería haber tratado con las comunidades como entidad colectiva: y no *“solamente focalizar el trabajo con aquellas comunidades que estaban cerca al yacimiento minero... sino a las otras que también se sentía[n] afectadas”⁵⁶*. Aventura la opinión de que *“si es que hubiera[n] conversado con el conjunto de ellas [las comunidades] y hubiera[n] llegado a un acuerdo, es muy probable que hubiera tenido otra respuesta”⁵⁷*. De manera similar, alega, una distribución de empleos más equitativa, y un enfoque diferente al que se les ofreció, habría tenido consecuencias positivas:

“Las comunidades están interrelacionadas. Están organizadas por distrito y por provincia. Hay una federación de comunidades campesinas en el sur. Hay una federación de comunidades campesinas por distrito. Hay que conversar con esas federaciones y decir: "Este proyecto es pequeñito; se va a focalizar acá. Necesitamos que ustedes nos apoyen para que solamente se distribuyan 120, 150, 200 puestos de

⁵⁵ Transcripción en 1333:7-20.

⁵⁶ Transcripción en 1391:8-11.

⁵⁷ Transcripción en 1391:11-14.

*trabajo. Son estas cantidades y quisiera coordinar con ustedes cómo se podrían distribuir mejor”*⁵⁸.

34. Parece que ahora la Demandante ha aprendido la lección, aunque demasiado tarde. Durante la audiencia, el Sr. Swarthout confirmó que en el ulterior Proyecto Corani la empresa había trazado un radio mayor para sus consultas, extendiéndose ahora a más de 50 kilómetros, de manera tal de “*consolidar una licencia social en un radio mucho mayor de lo que normalmente sentiríamos que debiéramos hacerlo*”⁵⁹ [Traducción]. Interpreto esto como una aceptación, en efecto, de la importancia del enfoque del Profesor Peña.
35. Por mi parte, la declaración testimonial del Profesor Peña me convenció. Esperé un ataque sobre su núcleo central, pero no hubo ninguno. Sobre la base de este, y la totalidad de la prueba ante el Tribunal, queda claro que la Demandante no hizo todo lo que podría haber hecho para involucrarse con todas las comunidades afectadas, especialmente tras las protestas iniciales del 2008. Esa prueba deja también en claro que la Demandante no reconoció que esos acontecimientos fueron motivados, en gran parte, por el hecho de que determinadas comunidades afectadas (o posiblemente afectadas) tenían serias preocupaciones respecto del Proyecto debido a sus posibles riesgos ambientales, y porque se sentían excluidas de sus beneficios. La Demandante no arribó a las conclusiones evidentes y necesarias a partir a de los primeros indicios de oposición en el año 2008, en particular, la necesidad de mejorar su divulgación y relaciones comunitarias.
36. Esta conclusión se ve confirmada por el útil escrito *amicus curiae* de DHUMA. Este sostuvo que el hecho de que la Demandante no entablara relaciones adecuadas con la comunidad contribuyó a las pérdidas que sufrió, observando asimismo que miembros de determinadas comunidades sintieron que no pudieron participar de la asamblea pública del mes de febrero de 2011, ya que el espacio disponible era limitado⁶⁰. En su Réplica al escrito *amicus*, la Demandante criticó las declaraciones escritas de DHUMA, *inter alia*, por ser sesgadas y carentes de fundamento⁶¹, y describió que DHUMA representaba una “*postura radical en*

⁵⁸ Transcripción en 1392:18-1393:6.

⁵⁹ Transcripción en 539:3-13.

⁶⁰ Escrito *Amicus Curiae*, pág. 6.

⁶¹ Réplica de la Demandante al escrito *Amici* (18 de agosto de 2016), pág. 2.

contra de la minería”⁶² [Traducción]. Ciertamente la Demandante tiene derecho a no compartir las políticas u objetivos de DHUMA, pero dado su inversión en un proyecto ubicado a miles de millas de su patria, en una zona poblada por comunidades locales que el Convenio 169 de la OIT y otras normas del derecho internacional reconocen que ostentan intereses legítimos en el uso de sus tierras, podría desear reflexionar respecto de su enfoque de estos intereses. En su carácter de inversionista internacional, la Demandante ostenta intereses y derechos legítimos en virtud del derecho internacional; las comunidades locales de pueblos indígenas y tribales también ostentan derechos en virtud del derecho internacional, y estos no son derechos de menor grado. Según mi opinión, DHUMA ayudó al Tribunal “*al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia*”⁶³. Su participación en el presente procedimiento fue valiosa y amable en todo momento, y se sumó a las percepciones de legitimidad de los procedimientos CIADI de esta clase.

37. En lo que respecta al papel de la Demandada, esta también ostenta intereses y derechos, incluido el respeto por los derechos de la Demandante en virtud del TLC Canadá-Perú. Por la forma en que se adoptó el Decreto 032-2011, y también tal vez por no responder de manera efectiva a las quejas recibidas en el año 2011, tal como observara el Profesor Peña, carga con una porción significativa de las responsabilidades. Puede ser la función de un Estado o su gobierno central ofrecer un marco de legislación interna que garantice que un proceso de consulta y sus resultados sean coherentes con el Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, pero no es su función tomar la mano de un inversionista y entregarle una “licencia social” resultante de ese proceso. Le corresponde al inversionista obtener la “licencia social”, y en el presente caso no pudo hacerlo mayormente debido a sus propias fallas. El TLC Canadá-Perú no constituye, más que el CIADI, una póliza de seguro contra el fracaso de un inversionista preparado de manera inadecuada para obtener dicha licencia.

38. La contribución de la Demandante a los acontecimientos que condujeron a la adopción del Decreto Supremo 032-2011-EM tiene implicancias en el monto de la indemnización por daños que ha de adjudicarse. Tal como se estableciera en el Laudo⁶⁴, para el momento en que se dictó el Decreto Supremo 032 las perspectivas para el Proyecto Santa Ana ya eran desalentadoras, si

⁶² *Ibid.*

⁶³ Regla 37(2) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

⁶⁴ Laudo, párrs. 155 - 202

es que en efecto aún existían. Aún debían otorgarse diversos permisos ambientales y otros permisos, y la naturaleza y alcance de la oposición dejaban en claro que no existía una posibilidad real de que el Proyecto obtuviera a la brevedad la “licencia social” necesaria. Por este motivo, la justa cuantificación de la indemnización por daños por los efectos ilegales del Decreto Supremo 032, tal como deja en claro el Laudo, ha de evaluarse por referencia al aporte financiero que se hiciera al Proyecto.

39. Ese aporte financiero ascendió a la suma de USD 18.237.592. Arribo a la conclusión de que el aporte de la Demandante fue significativo y sustancial, y sus responsabilidades no son menores que aquellas del gobierno. Por este motivo reduciría la cuantificación de la indemnización por daños a la mitad, a USD 9.118.796.
40. Esto tiene consecuencias en la distribución de las costas del presente arbitraje. Tal como he planteado en esta Opinión Disidente, considero que las acciones de la Demandante y la Demandada han contribuido al fracaso del Proyecto. Es por este motivo que no comparto el razonamiento de la Mayoría esgrimida en los párrafos 730-736 del Laudo. En cambio, creo que las costas del presente procedimiento deberían dividirse en partes iguales entre las Partes.
41. El único comentario adicional que deseo hacer se refiere al derecho legítimo de una Parte del TLC Canadá-Perú “*a regular y ejercer su poder de policía en interés del bienestar social*”⁶⁵ [Traducción], un comentario que hiciera Canadá en su presentación⁶⁶. La Mayoría se ha pronunciado en el párrafo 473 que el Artículo 2201.1 del TLC, que prevé una lista de excepciones que se encuentran dentro del ejercicio legítimo del Estado de su poder de policía, es exhaustivo. No disiento con este análisis, pero deseo dejar en claro que mi respaldo a esta conclusión es sin perjuicio de la aplicación del Artículo 25 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, que trata el estado de Necesidad. Como lo dejaron en claro los Comités de Anulación en *CMS* y *Sempra*, la operación de una *lex specialis* en un TBI no tiene el efecto (salvo disposición expresa en contrario en el TBI) de precluir la operación del Artículo 25, que sigue funcionando como una “*norma secundaria de derecho internacional*” que opera

⁶⁵ Caso CIADI No. ARB/03/17, *Suez InterAgua c. La República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad (30 de julio de 2010), párr. 128.

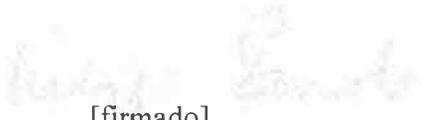
⁶⁶ Presentación de Canadá de conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú (9 de junio de 2016), párr. 5.

aun cuando no se dispone de una excepción en virtud de la *lex specialis*⁶⁷. En el presente caso, no se cumplen las condiciones del Artículo 25 debido a que el acto en cuestión – la derogación del Decreto Supremo 083-2007 – no era “*el único modo para [Perú] de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente*”. Tal como se observara *supra*, y en el Laudo, había otras opciones disponibles, incluida la suspensión del Decreto 83-2007. Sin embargo, independientemente de los requisitos del TLC, la posibilidad de recurrir al Artículo 25, como regla que precluye la ilicitud, no se ve excluida por el TLC.

Profesor Philippe Sands QC, Árbitro

12 de septiembre de 2017

⁶⁷ Caso CIADI No. ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Decisión sobre Anulación (25 de septiembre de 2007), párrs. 133-134; Caso CIADI No. ARB/02/16, *Sempra Energy International c. La República Argentina*, Decisión sobre Anulación (29 de junio de 2010), párrs. 203- 204 y 208-209.



[firmado]

Profesor Philippe Sands QC, Árbitro

12 Septiembre 2017