



OGE00247

La Misión Permanente de México ante la Oficina de las Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra saluda muy atentamente a la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y hace referencia a la comunicación conjunta **OL MEX 3/2019** suscrita por un grupo de expertos de siete procedimientos especiales.

Sobre el particular, la Misión Permanente remite la respuesta del Estado mexicano relativa a la comunicación sobre la Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE).

La Misión Permanente de México ante la Oficina de las Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra aprovecha la oportunidad para reiterar a la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las seguridades de su más alta y distinguida consideración.

Ginebra, 24 enero de 2020

**Oficina de la Alta Comisionada de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
Ginebra**



INFORME DEL ESTADO MEXICANO

Comunicación Conjunta OL MEX 3/2019

**Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre
Inversionistas y Estados (SCIE).**

24 de enero de 2020.

El Estado mexicano remite información respecto a las preocupaciones planteadas en la comunicación conjunta OL MEX 3/2019 elaborada por un grupo de expertos de siete procedimientos especiales.

1. En la comunicación conjunta se manifiesta preocupación sobre la incompatibilidad de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones o acuerdos internacionales de inversión (AII) y del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE) con el derecho internacional de los derechos humanos.
2. México coincide en que el proceso de reforma del SCIE es una importante oportunidad para promover cambios estructurales que permitan armonizar los intereses de los inversionistas, los Estados y la protección de los derechos humanos, en aras de alcanzar "marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo inclusivo, sostenible y equitativo" como lo expresó la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y al mismo tiempo dar cumplimiento a los artículos 1(3), 55 y 56 de la Carta de San Francisco.
3. Es prioridad para el Estado mexicano la promoción y plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas sin distinción, así como ponerlas en el centro de cualquier debate o esfuerzo multilateral por ser uno de los tres pilares de la Organización.
4. La aparente incompatibilidad del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho internacional de las inversiones podría ser un falso dilema, toda vez que, en principio, las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos no son exigibles a las personas inversionistas y mucho menos a las empresas. Lo anterior, *prima facie*, equivaldría a reconocer subjetividad internacional (*in genere*) a las empresas y subjetividad internacional activa a las personas, lo cual rompería el paradigma según el cual los Estados son los sujetos obligados en el derecho internacional de los derechos humanos.
5. No obstante lo anterior, cada vez permea más en las legislaciones nacionales principios como el de debida diligencia, transparencia y deber de reparación por parte de las empresas cuando sus actividades vulneran derechos humanos. Lo anterior tiene fundamento jurídico en derecho

nacional bajo la figura de la responsabilidad civil objetiva.

6. Por otra parte, de acuerdo con el lenguaje usado de consuno en los AII, el derecho aplicable comprende al derecho internacional, sin distinguir entre las diferentes ramas del derecho internacional, por lo que siguiendo ese razonamiento podríamos válidamente concluir que las normas de derecho internacional de los derechos humanos deberían ser consideradas por el tribunal arbitral al resolver una controversia en materia de inversiones suscitada entre un Estado receptor de inversión y un inversionista, porque donde el derecho no distingue, no sería dable al árbitro distinguir. Este argumento fue esgrimido en los casos *Urbaser v. Argentina* en el cual el tribunal admitió pero no resolvió esta pretensión, y en el caso *Von Pezold v. Zimbabwe*. En la práctica, los árbitros gozan todavía de amplia discreción para elegir las normas aplicables.
7. En esa lógica, los árbitros internacionales deberían tener en cuenta el deber de los Estados de velar por el cumplimiento de los derechos humanos y proteger a su población de vulneraciones derivadas de la actividad empresarial, mediante el diseño de normas y políticas públicas así como mecanismos judiciales y extrajudiciales de reparación, por una parte; y, por la otra, deberían tomar en cuenta la aplicabilidad de las normas civiles y otros principios como el de debida diligencia y deber de prevención, mitigación y reparación, a cargo de las empresas, como una contraprestación a la obligación estatal de cumplir con las "expectativas legítimas" de las empresas como sostienen autorizados publicistas
8. El derecho internacional de las inversiones se caracteriza por reconocer derechos subjetivos internacionales de naturaleza convencional dado que su fuente es un tratado celebrado entre dos Estados. Dichos derechos subjetivos son ejercibles mediante un determinado *ius standing* que permite a los inversionistas, sean individuos o empresas, dirimir una controversia en materia de inversiones, a través de un procedimiento arbitral. La controversia, por lo general sería el resultado de una violación, por parte de uno de los Estados parte del AII, de las obligaciones asumidas en virtud del tratado. Dichas obligaciones son también conocidas en el derecho internacional de las inversiones como "estándares de protección".

9. Los AII generalmente prevén expresamente el derecho de un inversionista a optar por un procedimiento arbitral para la resolución de una controversia derivada del incumplimiento del AII y también prevén al menos dos opciones de reglas arbitrales bajo las cuales podrían desarrollarse los arbitrajes, siendo las más recurridas las reglas de arbitraje del CNUDMI. Por lo general, los AII contienen también una cláusula sobre el derecho sustantivo aplicable en caso de controversias. Por citar un ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado entre México y Kuwait en 2013, prevé que el arbitral *"decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el presente Acuerdo y con las reglas y principios aplicables del derecho internacional"*. De acuerdo con el artículo 36 del reglamento de arbitraje del CNUDMI, *"El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada..."*
10. De acuerdo con la comunicación conjunta, la "ausencia de obligaciones de derechos humanos para los inversores", los costes exorbitantes de los procedimientos arbitrales del SCIE y el alto número de laudos arbitrales socavan la capacidad de los Estados para regular las actividades económicas de los inversionistas y hacer efectivos los derechos humanos. Al respecto, parecería que hay dos fuerzas contrapuestas o dos impulsos: uno para desregular la actividad de los inversionistas y estimular la inversión; el otro, para proteger los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial o económica de los inversionistas. En ese sentido, los titulares de mandatos destacan en su carta que la mera amenaza de emplear el SCIE y llevar a un Estado a un procedimiento arbitral por intentar introducir una perspectiva de derechos humanos en las regulaciones nacionales de las inversiones, provoca el "enfriamiento de la reglamentación y ha disuadido a los Estados de adoptar medidas encaminadas a la protección y promoción de los derechos humanos".
11. Lo anterior guarda relación con otro estándar u obligación de protección de las inversiones conocido como "expectativas legítimas y trato justo" estándar que fue descrito en el caso *Tecmed v. Mexico*:

"...exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que **el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas** perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes... El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; **es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado** en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación." ¹ [Énfasis añadido]

12. Es decir, que toda modificación del marco jurídico nacional para regular de forma más astringente a las inversiones para introducir requisitos, obligaciones, procedimientos, permisos, etc. adicionales para los inversionistas podría ser motivo de un arbitraje toda vez que la obligación de no frustrar las expectativas legítimas y el trato justo y equitativo de los inversionistas es una obligación internacional a cargo del Estado. ²

13. Siguiendo lo anterior, se difiere de la opinión expresada por los titulares de mandato, ya que, en principio, las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos son exigibles sólo a los Estados y no a los inversionistas, por lo que no serían parte del derecho aplicable a una controversia derivada de la violación por el Estado de sus obligaciones previstas en un AII, salvo que

¹*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*

²*Ver también caso Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.*

la legislación del Estado prevea que las empresas están obligadas a observar las normas de derechos humanos. Por otra parte, consideramos que la limitación o frontera no es ni debería ser absoluta, es decir que no debería existir antinomia entre un cúmulo de normas de derecho internacional, las de inversión, y otra, la de los derechos humanos. Por el contrario, las normas de derecho internacional público deben complementarse y aplicarse de manera armónica toda vez que, salvo las normas de *ius cogens*, no existe una jerarquía entre ellas. Lo anterior es coherente con la opinión de los publicistas y los argumentos esgrimidos en los casos *Urbaser v. Argentina* y *Von Pezold v. Zimbabwe* según los cuales los árbitros no deben distinguir y desechar como normas no aplicables a las controversias de inversiones, las normas de derechos humanos ya que forman parte del derecho internacional de manera indivisible, interdependiente y armónica.

14. En ese sentido, no debería concluirse que toda modificación del marco jurídico nacional, con la finalidad de mejor proteger los derechos humanos, que pudiera resultar en efectos onerosos para los inversionistas deba ser considerada una violación al estándar de "expectativas legítimas y trato justo y equitativo" del derecho internacional de las inversiones. En aras de dar un adecuado cumplimiento al mandato de la CNUDMI y a las obligaciones de los Estados a la luz de los artículos 1(3), 55 y 56 de la Carta de San Francisco, las reglas arbitrales de la CNUDMI, **en particular el artículo 36**, deben incorporar al derecho internacional sin distinguir entre sus ramas.
15. Por otro lado, también es fundamental que la práctica de los Estados se oriente a emprender esfuerzos nacionales de reforma para incorporar a las legislaciones internas los principios de debida diligencia a cargo de las empresas, transparencia y rendición de cuentas, así como obligaciones de estudios de impacto de derechos humanos, impacto ambiental, entre otros, previo a la autorización de licencias, concesiones, asignación de contratos de obra pública, licitaciones, permisos de construcción, etc. en las industrias energética, extractiva, inmobiliaria, turística, farmacéutica, automotriz, textil, maquiladora, por mencionar algunas.
16. Los publicistas identifican dos vías para desvelar el posible falso dilema arriba expuesto y resolver las preocupaciones expuestas por los titulares de procedimientos

especiales en su carta: la primera, mediante la modificación de los tratados en materia de inversiones (AII) para incorporar previsiones de observancia de los derechos humanos; la segunda, el desarrollo de un marco internacional vinculante en materia de empresas y derechos humanos. La primera vía implica un cambio de paradigma en la práctica estatal para la suscripción de AII y que tomaría varios años. Es previsible que los estados rehúsen suscribir AII más astringentes por temor a ahuyentar las inversiones como un efecto inmediato. Respecto de la segunda vía, puede citarse el esfuerzo de algunos Estados en el marco del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales con respecto a los Derechos Humanos, creado por resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y cuyo mandato es la negociación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia.

17. Al margen de los avances que los Estados alcancen por sendas vías, la posición de México en el marco de los debates sobre la reforma al SCIE podría conciliar ambas posturas y contribuir a desvelar la aparente antinomia entre las normas de derechos humanos y las normas en materia de inversiones.
18. En el ámbito nacional, el art. 89 fracción X de la Constitución Política obliga a México a orientar su posición en política exterior a promover los derechos y libertades fundamentales en el contexto de la política exterior, por lo que promover una mayor visibilidad e incorporación de dicho principio en la reforma al SCIE es compatible con el mandato constitucional. Asimismo, el artículo 1° de la Constitución obliga a todas las autoridades a observar las normas de derechos humanos contenidas en tratados y a interpretarlas privilegiando la protección más amplia para las personas. Dicho principio pro persona legitimaría cualquier esfuerzo gubernamental para modificar la regulación nacional en materia de inversiones, de tal suerte que el régimen nacional de inversiones incorpore principios de protección a los derechos humanos en el contexto de la actividad industrial o comercial, y los árbitros deberán considerar el artículo 1° constitucional como derecho aplicable a las controversias en materia de inversiones. La flexibilidad y alcance del principio pro persona permea todo el sistema jurídico nacional y no sería dable concluir que un cambio en la legislación que atienda a dicho principio viole el estándar de protección "expectativas legítimas y

trato justo y equitativo" por ser incoherente, ambiguo o poco claro.

19. Finalmente, se expresan algunas consideraciones en materia de derecho energético. Tanto en la constitución, como en la Ley General de Hidrocarburos y en los contratos derivados de las rondas de licitaciones en sector petrolero, se prevén disposiciones que obligan a autoridades y a contratistas a observar las mejores prácticas internacionales del sector. Eventualmente, ante el caso de una controversia en materia energética, un tribunal nacional deberá determinar qué se entiende por esas "mejores prácticas" toda vez que de ellas derivan obligaciones y derechos para una y otra parte. Dicha interpretación deberá tener en cuenta el principio pro persona previsto en el artículo 1º constitucional y concluir que, normas como los principios rectores sobre empresas y derechos humanos, el principio de debida diligencia, y el principio de prevención del derecho internacional ambiental, entre otros, deben ser considerados parte de esas mejores prácticas y, por tanto, son obligatorias.
20. El Estado mexicano reitera su compromiso de seguir colaborando con sus respectivos mandatos y espera que la información proporcionada sea de utilidad para las y los expertos.