

Mandatos del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas; del Relator Especial sobre el derecho al desarrollo; del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible; del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales; de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; del Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo; y del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento

REFERENCIA:
OL ECU 3/2019

11 de marzo de 2019

Excelencia,

Tenemos el honor de dirigirnos a Usted en nuestra calidad de Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas; Relator Especial sobre el derecho al desarrollo; Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible; Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales; Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo; y Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento, de conformidad con las resoluciones 35/7, 33/14, 37/8, 34/3, 33/12, 36/4 y 33/10 del Consejo de Derechos Humanos.

Somos expertos independientes en derechos humanos designados por el Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas y con el mandato de presentar informes y asesorar en materia de derechos humanos, desde una perspectiva temática o en relación con un país específico. Somos parte del sistema de procedimientos especiales de las Naciones Unidas, que cuenta con 44 mandatos temáticos y 12 de país en una amplia gama de cuestiones de derechos humanos. Más información acerca del sistema de procedimientos especiales está disponible en la [Página Web de la oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos](#).

Nos dirigimos a usted en relación con la labor del Grupo de Trabajo III sobre la Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE), que celebrará su 37 ° período de sesiones en Nueva York del 1 al 5 de abril de 2019. Tomando nota de las deliberaciones y decisiones de las sesiones 34 a 36 del Grupo de Trabajo, quisiéramos señalar a la atención del Grupo de Trabajo las siguientes inquietudes, que desde nuestro punto de vista, merecen ser consideradas durante su 37° período de sesiones. Esperamos que el Gobierno de su Excelencia pueda tomarlas en cuenta y proponerlas como parte de la agenda de reformas, en su calidad de miembro del Grupo de Trabajo.

1. Necesidad de una reforma sistémica del SCIE

Para comenzar, quisiéramos expresar nuestra preocupación principal de que los acuerdos internacionales de inversión (AII) y su mecanismo del SCIE han demostrado a menudo ser incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y el estado de derecho. Los titulares de los mandatos de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas y otros expertos en derechos humanos han enfatizado repetidamente los riesgos que los AII y el SCIE suponen para el espacio reglamentario requerido por los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos así como para alcanzar los Objetivos de desarrollo sostenible (ODS).¹ La naturaleza inherentemente asimétrica del sistema SCIE, la ausencia de obligaciones de derechos humanos para los inversores, los costes exorbitantes asociados con los procedimientos del SCIE y la cantidad extremadamente alta de laudos arbitrales son algunos de los elementos que conducen a restricciones indebidas del espacio fiscal de los Estados y a socavar su capacidad para regular las actividades económicas y para hacer efectivos los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales.² El sistema SCIE puede también afectar el derecho de las comunidades afectadas a buscar reparaciones eficaces contra los inversionistas por violaciones de derechos humanos relacionadas con sus proyectos.³ En algunos casos, el mecanismo del SCIE, o la mera amenaza de emplearlo, ha provocado un enfriamiento de la reglamentación y ha disuadido a los Estados de adoptar medidas encaminadas a la protección y promoción de los derechos humanos.⁴

-
- ¹ Véase p.e., UN Experts Voice Concern over Adverse Impacts of Free Trade and Investment Agreements on Human Rights (2 de junio de 2015), <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031>; Investor-State dispute settlement undermines rule of law and democracy, UN expert tells Council of Europe (19 de abril de 2016), <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=19839&LangID=E>; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, UN Doc. E/C.12/GC/24 (10 de Agosto de 2017); UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, “Access to effective remedies under the Guiding Principles on Business and Human Rights”, UN Doc. A/72/162 (18 de Julio de 2017); Report of the High Commissioner for Human Rights, “Human Rights, Trade, and Investment” UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 de Julio de 2003); Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Victoria Tauli-Corpuz, UN Doc A/HRC/33/42 (11 de Agosto de 2016); Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the impact of international investment and free trade on the human rights of indigenous peoples, UN Doc. A/70/301 (7 de Agosto de 2015); Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred Maurice de Zayas, UN Doc A/HRC/33/40 (12 de Julio de 2016); Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter, Addendum, UN Doc A/HRC/19/59/Add.5 (19 de diciembre de 2011).
- ² Véase UNCTAD, Improving investment dispute settlement: UNCTAD policy tools (Edición 4, noviembre de 2017).
- ³ Columbia Center on Sustainable Investment y el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Impactos del Sistema Internacional de Inversión sobre el acceso a la justicia (septiembre de 2017), https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI_UNWGBHR_InternationalInvestmentRegime.pdf
- ⁴ Véase p.e: Philip Morris v. Uruguay; Philip Morris v. Australia; Ethyl Corporation v. Canada. Véase también: Informe del Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, A/70/285 (2015).

Por lo tanto, la actual reforma del SCIE presenta una oportunidad única para buscar cambios estructurales sistémicos en su arquitectura. Si bien el abordar los problemas de procedimiento señalados en las sesiones anteriores contribuiría a mejorar la eficacia del SCIE, esto no solucionaría el desequilibrio de poder entre los inversores y los Estados, tan profundamente arraigado en su arquitectura. Las actuales propuestas de reforma, que están limitadas en su naturaleza y su alcance, sólo pueden proporcionar soluciones superficiales a los síntomas de los defectos fundamentales del sistema SCIE. Creemos que lo que se necesita es un cambio fundamental y sistémico, que implica avanzar hacia un sistema multilateral más justo y transparente, que tenga debidamente en cuenta los derechos y las obligaciones de los inversionistas y los Estados, de conformidad con todas las leyes y normas internacionales aplicables en materia de derechos humanos, derechos laborales y derechos medioambientales. Debería prestarse especial atención a los efectos negativos diferenciados y desproporcionados de los AII y el mecanismo SCIE en las mujeres así como en los pueblos indígenas, en particular en relación con la extracción de recursos en los territorios de los pueblos indígenas o cerca de ellos.

Al pedir una reforma fundamental del sistema existente del SCIE, deseamos subrayar los propósitos fundamentales para los cuales la CNUDMI fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. El principal objetivo de la CNUDMI es fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional en cumplimiento del párrafo 3 del artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas.⁵ Dicho artículo establece uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción [...]".⁶ De este modo, el mandato de la CNUDMI reside en contribuir al desarrollo del derecho mercantil internacional en aras de una mayor cooperación internacional en las esferas económica y social y del respeto de los derechos humanos. De hecho, la Asamblea General ha reconocido desde hace tiempo "la importancia de los marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo inclusivo, sostenible y equitativo " y el papel vital que desempeña la CNUDMI en la configuración de esos marcos jurídicos.⁷

El papel de la CNUDMI es cada vez más importante a la luz de la Agenda 2030 y de los ODS, que reafirman la importancia de "un entorno económico internacional propicio que incluya sistemas comerciales, monetarios y financieros coherentes y que se apoyen mutuamente, y una gobernanza económica mundial reforzada y mejorada".⁸ Existe una necesidad vital de hacer una reforma fundamental de los AII y los SCIE, de manera que fomenten las inversiones internacionales que contribuyan efectivamente a la

⁵ Asamblea General de la ONU, resolución 2205 (XXI), 17 diciembre 1966, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=NR000508>

⁶ Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, 24 de Octubre 1945, 1 UNTS XVI, art 1(3).

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, A/RES/67/1 (2012), para. 8, disponible at: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, *Resolución A/RES/70/1*, para. 63.

realización de todos los derechos humanos y de los ODS, en lugar de obstaculizar su consecución.⁹ En nuestra opinión, ese cambio de paradigma no sólo es deseable, sino también necesario para que la CNUDMI pueda cumplir eficazmente su mandato.

Quisiéramos asimismo reiterar que todos los Estados, incluidos los Estados Miembros del Grupo de Trabajo III, tienen la obligación de reformar el SCIE de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que fueron aprobados unánimemente en junio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/RES/17/31) tras años de consultas con los gobiernos, la sociedad civil y la comunidad empresarial, proporcionan una orientación autorizada al respecto. El Principio 9 de los Principios Rectores recuerda a los Estados que "mantengan un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión". El Principio 10 establece además que "los Estados, cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales... deberán: a) Tratar de asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección ni pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por las empresas; b) Alentar a esas instituciones, en el marco de sus respectivos mandatos y capacidades, a promover el respeto de los derechos humanos entre las empresas". Por lo tanto, es fundamental que cualquier reforma futura de los AII y SCIE esté en línea con los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y otras normas internacionales de derechos humanos.

2. Preocupaciones identificadas como deseables para la reforma dentro del marco existente

Tomamos nota de las amplias categorías de preocupaciones identificadas como deseables para las reformas durante los anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo III, entre ellas: a) preocupaciones relacionadas a la falta de consistencia, coherencia, previsibilidad y exactitud de las decisiones arbitrales de los tribunales del SCIE; b) preocupaciones relacionadas con los árbitros y responsables de la toma de decisiones; y c) preocupaciones relacionadas con el coste y la duración de los casos del SCIE. Si bien reconocemos la importancia de abordar esas preocupaciones, centrarse estrictamente en la enmienda de las normas de procedimiento existentes correspondientes a esas tres categorías, sería una oportunidad perdida. Desde nuestro punto de vista, el objetivo de la reforma del SCEI debería tratar de realizar reformas sistémicas para brindar coherencia política, previsibilidad, legitimidad y eficacia al sistema del SCIE en su conjunto. Las actuales propuestas de reforma, que están estrechamente orientadas a ofrecer soluciones de procedimiento ad hoc, claramente no van lo suficientemente lejos

⁹ El Secretario General de la ONU recaló también la importancia de reformar los IAA y llamó a los Estados Miembros para "considerar detenidamente la posibilidad de formular políticas amplias en materia de acuerdos internacionales de inversión que se ajusten a sus estrategias nacionales de desarrollo". Informe del Secretario General de la ONU, sistema financiero internacional y desarrollo, A/73/280 (31 julio 2018), paras. 63 and 73

como para abordar con eficacia las deficiencias profundamente arraigadas al sistema SCIE.

Teniendo en cuenta todo esto, quisiéramos aprovechar esta oportunidad para proporcionar comentarios a algunas de las preocupaciones identificadas y sugerir formas en que las normas de derechos humanos podrían verse mejor reflejadas en el plan de trabajo existente:

- (a) *Preocupaciones relacionadas con la falta de consistencia, coherencia, previsibilidad y precisión de las decisiones arbitrales de los tribunales del SCIE*

Si bien estamos de acuerdo en que algunas de las preocupaciones ya destacadas según cuales la consistencia y coherencia deberían abordarse como parte del proceso actual de reforma del mecanismo del SCIE¹⁰, debe prestarse mayor atención a la consistencia y coherencia de los AII y a su interpretación del derecho internacional de los derechos humanos y de la Agenda 2030.

Como lo señaló anteriormente el Experto independiente sobre la deuda externa y los derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos es parte integrante del derecho internacional y debería referirse como fuente de derecho aplicable en los casos del SCIE. Sin embargo, los tribunales de inversión a menudo han descartado la importancia de los derechos humanos o los han tenido en cuenta de manera incoherente.¹¹ Como quedó reflejado en los debates mantenidos durante el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo III, la falta de consistencia en la interpretación y aplicación de las normas sustantivas de protección que se encuentran en las distintas fuentes de derecho, afecta a la fiabilidad, eficacia y previsibilidad del régimen del SCIE.

A fin de promover una mayor coherencia en el régimen del SCIE, los tribunales de inversión deberían aplicar de manera sistemática y consistente el derecho internacional de los derechos humanos, laborales y medioambientales y las normas internacionales relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas. Al interpretar los AII y adoptar decisiones arbitrales, deberían tener debidamente en cuenta las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir todos los derechos humanos en virtud del derecho internacional, así como la responsabilidad de los inversionistas corporativos de respetar los derechos humanos en virtud de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Esta mayor consistencia y coherencia del mecanismo del SCIE es especialmente crítica puesto que la validez de las decisiones arbitrales sólo puede impugnarse por motivos muy limitados. Además de introducir cambios sustantivos en los AII, las revisiones de procedimiento deberían estar encaminadas a la consecución de este objetivo.

¹⁰ A/CN.9/WG.III/WP.150.

¹¹ Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. A/72/153 (2017), para. 26.

(b) *Preocupaciones relacionadas con los árbitros y los responsable de la toma de decisiones*

Estamos de acuerdo con las preocupaciones relativas a la falta de transparencia y diversidad en los responsables de la toma de decisiones, los nombramientos repetitivos y la cualificación de los responsables de toma de decisiones.¹² Al seleccionar y nombrar a los posibles árbitros y a los responsables de toma de decisiones se debería tener en cuenta antecedentes y cualificaciones más amplios, a fin de garantizar que los tribunales del SCIE otorguen un peso adecuado a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, a las consideraciones de política pública y a las leyes locales y circunstancias a la hora de tomar decisiones arbitrales. El conocimiento del derecho internacional público, incluidas las leyes internacionales de derechos humanos, laborales y medioambientales, así como las normas internacionales relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas, debería ser uno de los criterios pertinentes para seleccionar y nombrar a los árbitros y a los responsables de toma de decisiones. La diversificación de la reserva de árbitros y de los responsable de toma de decisiones mediante la exigencia de conocimientos y experiencia adecuados en materia de derecho internacional podría contribuir a abordar la preocupación antes mencionada con respecto a las interpretaciones divergentes de las normas sustantivas así como a promover una mayor coherencia y consistencia en las decisiones arbitrales.

(c) *Preocupaciones relacionadas con el coste y la duración de los casos del SCIE*

Reiteramos nuestra preocupación con respecto al impacto negativo de los costes extremadamente altos y el valor elevado de las adjudicaciones del SCIE dentro del espacio fiscal y reglamentario necesario para que los Estados protejan y promuevan los derechos humanos. Una opción que podría considerarse para mitigar este impacto, podría incluir el establecimiento de normas que excluyan las reclamaciones del SCIE cuando se refieran a medidas legítimas adoptadas en aras del interés público, tales como los derechos humanos, los aspectos sociales y medioambientales, a menos que tales medidas sean arbitrarias, caprichosas o un abuso de discrecionalidad. El valor de posibles demandas de reconversión por parte de Estados o comunidades afectadas en contra de inversores con la finalidad de resarcirse de daños sufridos por éstos, debería ser también considerado.

(d) *Otras preocupaciones: Acceso a la reparación y participación de terceras partes afectadas*

En la perspectiva de un posible examen en el 37º periodo de sesiones de “cualquier otra cuestión que no esté comprendida en las amplias categorías de reformas deseables ya identificadas”, deseamos señalar a la atención del Gobierno de su Excelencia otras dos cuestiones que merecen atención.

¹² Informe de Grupo de Trabajo III (SCIE) sobre la labor realizada en su 36º periodo de sesiones(Viena, 29 de octubre – 2 de noviembre de 2018), A/CN.9/964, para. 102.

En primer lugar, si el mecanismo del SCIE sigue permitiendo a los inversionistas (en su calidad de terceras partes a los AII) una vía rápida especial para buscar reparaciones que protejan sus intereses económicos, la misma vía debería ampliarse a las comunidades afectadas por los proyectos relacionados con la inversión. Como destacó el Grupo de Trabajo sobre las Empresas y los Derechos Humanos en su informe de 2017 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, "todos los caminos deben conducir hacia la reparación".¹³ Por lo tanto, el mecanismo del SCIE debería utilizarse para crear vías adicionales para hacer que los inversionistas corporativos rindan cuentas de los abusos de los derechos humanos. Esto abordará en parte la asimetría sistemática a la que aludimos al inicio.

La segunda cuestión se refiere a la incapacidad de las terceras partes afectadas a participar de manera significativa en los procedimientos del SCIE. Actualmente, hay muy pocas oportunidades para que terceras partes afectadas participen en los procedimientos del SCIE, incluso en los casos en que ciertos proyectos de inversión causan un impacto adverso significativo en el medio ambiente y en los derechos humanos de las comunidades y de los individuos. Aunque algunos procesos del SCIE pueden permitir que terceros presenten comunicaciones en calidad de *amicus curiae*, los tribunales de inversión tienen plena discreción para determinar si aceptan o no una presentación *amicus curiae*. En la práctica, las presentaciones *amicus curiae* suelen ser rechazadas, o examinadas de manera limitada por los tribunales, en caso de ser aceptadas.¹⁴ También se limitan las presentaciones escritas y los peticionarios a menudo no tienen acceso o tienen acceso limitado a la información sobre otros documentos del caso o sobre la audiencia.¹⁵ Por lo tanto, las presentaciones *amicus curiae* no pueden considerarse una forma efectiva de participación. Para que el SCIE mantenga su legitimidad, es imperativo que las comunidades e individuos afectados, así como las organizaciones de interés público, puedan participar efectivamente en los procedimientos del SCIE y presentar sus pruebas, puntos de vista y perspectivas en su totalidad.¹⁶

Al concluir nuestras observaciones, quisiéramos reiterar que la legitimidad y la eficacia del proceso de reforma del SCIE dependerán del cumplimiento por parte de la CNUDMI de su mandato y del compromiso de los Estados Miembros de alinear la reforma con su obligación de realizar los derechos humanos y los ODS. Instamos al Gobierno de su Excelencia a que ubique los ODS y la plena realización de los derechos humanos en el centro de cualquier debate sobre la reforma de la gobernanza económica internacional. Agradeceríamos cualquier oportunidad de seguir colaborando con el Gobierno de su Excelencia y con el Grupo de Trabajo III sobre esta cuestión.

Sírvase tomar nota de que la presente carta ha sido transmitida a todos los miembros del Grupo de Trabajo III y una copia de la misma a la secretaría de la CNUDMI.

¹³ A/72/162, paras. 56 y 75-78.

¹⁴ Véase CCSI y el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, nota 3.

¹⁵ Lorenzo Cotula y Mika Schröder, *Community perspectives in investor-state arbitration* (2017), at 23.

¹⁶ Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. A/72/153 (2017), para. 74.

Esta comunicación, como un comentario sobre la legislación, reglamentos o políticas pendientes o recientemente adoptadas, y toda respuesta recibida del Gobierno de su Excelencia se harán públicas a través del sitio web de comunicaciones en un plazo de 48 horas. También estarán disponibles posteriormente en el informe que se presentará al Consejo de Derechos Humanos.

Acepte, Excelencia, la expresión de nuestra más distinguida consideración.

Surya Deva

Presidente-Relator del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

Saad ALFARARGI

Relator Especial sobre el derecho al desarrollo

David R. Boyd

Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible

Juan Pablo Bohoslavsky

Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales

Victoria Lucia Tauli-Corpuz

Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

Livingstone Sewanyana

Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo

Léo Heller

Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento