

## ¿SE REDUCE LA DISTANCIA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN?

Attila Tanzi\*

---

**Resumen.** Este artículo pretende analizar los criterios de interpretación que han emergido de manera lenta y que se detectan en casos recientes de arbitraje internacional de inversión que puede derivar en el acercamiento entre el Derecho Internacional de Inversión y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En contraposición a lo anterior, considerando el aumento en el número de instrumentos internacionales referentes a los Derechos Humanos y la protección ambiental correspondiente a la materia, un mayor potencial se prevé para la interpretación y aplicación del Derecho Internacional de Inversión que podría consolidar una relación equilibrada entre los intereses privados de inversionistas extranjeros y el interés público de los Estados receptores.

**Palabras clave.** Arbitraje Internacional de Inversión, Servicios Públicos, Derechos Humanos, Interés Público.

\* Profesor de Derecho internacional de la Universidad de Bologna.

‡ Traducción de Diego Baranda Westphal y Carlos E. Díaz de León

---

### I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Las controversias sobre la administración de servicios públicos relativas al interés público han incrementado de manera significativa desde el surgimiento de la inversión extranjera directa en dicho sector derivado de las políticas de privatización masiva de los años 90, especialmente en América Latina y Europa del Este.<sup>1</sup> A su vez, la importancia de dichas controversias relativas a sectores del Derecho Internacional más allá del Derecho de Inversión —tales como el Derecho Ambiental y los Derechos Humanos— también se está ampliando y, por lo tanto, involucrando problemas de coordinación entre normas pertenecientes a diferentes áreas del Derecho Internacional.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Véase Cameron, *International Energy Investment Law*, Oxford, 2010, pp. 20 ff.

<sup>2</sup> Véase, entre otros, Peterson y Grey, “International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration”, *International Institute for Sustainable Development*, 2003, pp. 22 ss.; Reisman y Arsanjani, “The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes”, *ICSID Review*, vol. 19, 2004, pp. 328 ss.; Schreuer, “Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in

La necesidad de coordinación puede surgir también en relación con los distintos foros internacionales que podrían supuestamente adoptar diferentes enfoques sobre el mismo tipo de intereses. Tal es el caso del grupo de foros de Arbitraje Internacional de Inversión, —tales como, la Cámara Internacional de Comercio (CIC), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), incluso los paneles de la Organización Mundial del Comercio (OMC) —por un lado, y los tribunales de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (Corte IDH), por el otro. Puesto que esas diferentes jurisdicciones aplican diferentes regímenes de derecho sustantivo, el presente trabajo pretende poner de manifiesto las medidas interpretativas que podrían permitir encontrar la compatibilidad entre tales regímenes pertenecientes a diversos sectores del Derecho Internacional a la luz de las indicaciones que brindan las tendencias de la jurisprudencia arbitral, así como las reglas generales de interpretación de los tratados según fueron codificadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, cuya validez a nivel consuetudinario fue confirmada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su trabajo sobre la fragmentación del Derecho Internacional, concluido en 2006.<sup>3</sup>

---

the Road”, *Journ. World Invest. and Trade*, Vol. 5, N° 2, 2004, pp. 231 ss.; Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2004-2005, pp. 1521 ss.; Solanes y Jouravlev, “Revisiting Privatization, Foreign Investment, International Arbitration, and Water”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Series Recursos Naturales e Infraestructura*, N° 129, LC/L2827-P, Santiago de Chile, 2007, pp. 15 ss.; Van Harten, “Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State”, *Int’l Comp. Law Quart.*, Vol. 56, 2007, pp. 371 ss.; Choudhury, “Recapturing Public Power: is Investment Arbitration Engagement’s of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, *Vanderbilt Journ. Trans’l Law*, Vol. 41, 2008, pp. 775; Kaushal, “Revisiting History: How the past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime”, *Harvard Int’l Law Journ.*, Vol. 50, N° 2, 2009, pp. 491 ss.; Simma y Kill, “Harmonizing Investment Protection and International Human Rights. First Step towards a Methodology”, in Binder, Kriebbaum, Reinisch y Wittich (eds.) *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century*, Oxford, 2009, pp. 678 ss.; Peterson, “Human Rights and Bilateral Investment Treaties”, International Centre for Human Rights and Democratic Development, *Rights & Democracy*, Montreal, 2009, pp. 21 ss.; Sattar, “National Courts and International Arbitration: a Double-Edge Sword?”, *Jour. Int’l Arbitration*, Vol. 27, N° 1, 2010, pp. 51 ss.; Schill, “International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction”, in Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, pp. 3 ss. Véase también las contribuciones relativas al tema objeto del presente análisis en Dupuy, Francioni y Petermann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009 y recientemente Simma, “Foreign Investment Arbitration. A Place for Human Rights?”, *Int’l Comp. Law Quart.*, Vol. 60, 2011, pp. 573 ss.; Tanzi, “On balancing Foreign Investment interests with Public Interests in recent Arbitration Case law in the Public utilities Sector”, *Law and Practice Int’l Tribunals and Tribunals*, 2012, vol. 11, pp. 52 ff.

<sup>3</sup> Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, Doc. ONU A/CN.L.702, de 18 de julio de 2006, párrafo 11.

## II. LAS TENSIONES ENTRE JURISDICCIONES INTERNACIONALES

Por un lado, la ley aplicada por los tribunales de inversión resulta ser aquella derivada de los tratados internacionales de inversión (TIIs), en su mayoría de carácter bilateral (TBIs) y por el otro, las jurisdicciones internacionales de derechos humanos (principalmente, Corte IDH y TEDH) comúnmente aplican, si no es que de manera exclusiva, las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos por cuyos medios han sido establecidas. Cabe destacar que en ambos casos quien se presenta como sujeto de obligaciones internacionales y por ello, como Demandado es el Estado receptor. En efecto, el Derecho Internacional exige al Estado que satisfaga umbrales jurídicos internacionales de protección, por un lado, del inversionista extranjero al que la Administración Pública confirió la tarea de gestionar un servicio público y por otro, de los derechos fundamentales de los miembros de la población. Tal es el caso de la protección al medio ambiente, la salud pública y demás derechos básicos que conforman “el derecho a una vida digna”, especialmente de grupos minoritarios y desfavorecidos, como los pueblos indígenas.

Mientras a primera vista y a la luz de gran parte de la jurisprudencia emanada por los dos citados tipos de jurisdicción, emerge una brecha entre sí, cabe también evidenciar importantes elementos de compatibilidad que, si se consolidaran en la práctica, podrían contribuir a la construcción de un puente entre ambos “regímenes”, aportando soluciones compatibles y armonizadas, en particular bajo el prisma de los principios de equidad y proporcionalidad.

## III. LAS TENSIONES ENTRE DIFERENTES COMPLEJOS DE REGLAS INTERNACIONALES APLICABLES EN EL ARREGLO ARBITRAL DE LAS DISPUTAS SOBRE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Es innegable que a lo largo de muchos años la jurisprudencia arbitral basada en los TBIs y en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ha favorecido los derechos económicos de los inversionistas extranjeros frente al ejercicio de soberanía de los Estados receptores en la persecución de los intereses generales de su población. Sin embargo, con el paso de las últimas décadas, el número de instrumentos internacionales, dirigidos tanto a Estados receptores como a inversionistas extranjeros, proporcionan elementos que podrían resultar útiles en la búsqueda del equilibrio entre la protección a actividades económicas y la protección de los derechos humanos. En ese sentido, cobran especial importancia las normas convencionales que exigen a los inversionistas una mayor sensibilidad respecto al impacto de sus actividades sobre el ambiente social en el Estado Receptor y confieren expresamente a este último la facultad de adoptar medidas apropiadas en este sentido.

Por lo que hace a los instrumentos para la promoción de los derechos humanos pertinentes a las actividades económicas vinculadas a los servicios públicos, deben señalarse las Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) establecido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966 (PIDESC), en vigor desde 1976; el Protocolo de San Salvador de 1986 en vigor desde 1999, a saber, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); el Pacto Mundial de las Naciones Unidas;<sup>4</sup> el Informe del Relator Especial (El Hadji Guissé) sobre la realización del derecho al agua potable y saneamiento de la Comisión de Derechos Humanos de 2005;<sup>5</sup> los Principios para la Participación Privada en Infraestructura de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo de 2007;<sup>6</sup> el Informe del Representante del Secretario General (John Ruggie) para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”» de 2011.<sup>7</sup>

De los elementos citados está emergiendo lentamente un complejo de principios sustantivos que permiten conectar de manera coherente las obligaciones internacionales de los Estados con las responsabilidades de las empresas en todas las actividades que pueden afectar a los derechos humanos, en particular en el disfrute efectivo de los mismos facilitado por los servicios públicos. El punto de equilibrio parece encontrarse en la traducción en términos jurídicos del principio de responsabilidad ética, social y política de todos los actores interesados en los servicios públicos. De hecho, la tendencia consolidada en todos los sectores del Derecho Internacional parece desembocar en un proceso de especificación casuística para cada régimen del Derecho Internacional en relación con los estándares de conducta que forman el contenido de las obligaciones pertinentes en términos de la debida diligencia (*due diligence*).<sup>8</sup> Es de esperarse más atención, por parte de los paneles arbitrales, a los umbrales de la definición de la debida diligencia para los Estados receptores, así como en relación a la conducta de las empresas extranjeras, ello a la luz del principio de proporcionalidad, entendido éste como uno de los principales factores en la evaluación de la legalidad respecto de las medidas regulatorias adoptadas por los Estados receptores en relación a los inversionistas extranjeros en materia de servicios públicos.

<sup>4</sup> Anunciado por el Secretario General Kofi Annan en el Foro Económico Mundial de Davos (Suiza) el 31 de enero de 1999 y fue lanzado oficialmente en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 26 de julio 2000 <<http://un.org/>>.

<sup>5</sup> Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2005/25, del 15 de julio de 2005.

<sup>6</sup> OCDE (2007) Principios para la Participación de Sector Privado en Infraestructura. <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/33/38309896.pdf>>.

<sup>7</sup> Doc. ONU A/HRC/17/31, de 31 de marzo de 2011.

<sup>8</sup> Véase, en general, Barnidge, “The Due Diligence Principle under International Law”, *International Community Law Review*, Vol. 8, 2006, pp. 81 ss.

## IV. INDICACIONES EMERGENTES DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

### A. INDICACIONES IMPLÍCITAS

Entre las razones para las escasas referencias al complejo normativo relativo a los derechos humanos en los laudos en materia de inversiones extranjeras, cabe resaltar el hecho de que los Estados demandados son a menudo reacios a fundamentar su defensa basándose en los compromisos internacionales sobre los derechos humanos. Eso puede justificarse en la intención de no socavar la posición estatal frente a las jurisdicciones nacionales o de derechos humanos competentes tal y como el laudo del caso *CIADI Bivwater Gauff Tanzania Ltd. contra United Republic of Tanzania*, de 2008, pone de manifiesto.<sup>9</sup>

En efecto, la ausencia de mención alguna a sus compromisos en el ámbito de los derechos humanos por parte del Estado demandado podría explicar por qué el CIADI en su *ratio decidendi* no hizo referencia a los derechos humanos vinculados a los principios regulatorios que rigen el sector de los servicios públicos. Sin embargo, el laudo se refirió al tema de modo constitutivo en un *obiter dictum* donde se sostiene que “[w]ater and sanitation services are vitally important”.<sup>10</sup> Parece razonable pensar que las consideraciones relacionadas con el cumplimiento por el Estado de las obligaciones derivadas de las normas internacionales sobre derechos humanos contribuyeron implícitamente al otorgamiento de un menor monto de indemnización del solicitado. Esta línea de razonamiento fue seguida por la doctrina<sup>11</sup> en los comentarios del caso *Azurix contra Argentina*, de 2006<sup>12</sup> para explicar que el Tribunal condenó al Estado por un monto de 165 millones de dólares en vez de los 570 inicialmente reclamados. Lo mismo podría aplicarse con respecto al laudo

<sup>9</sup> *Bivwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo del 24 de julio de 2008, en <<http://icsid.worldbank.org>>. En esa línea véase Peterson, *op. cit.*, p. 31.

<sup>10</sup> *Bivwater Gauff (Tanzania) Limited, cit.*, párrafo 434.

<sup>11</sup> Thielbörger, “The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo Conflict?”, in Dupuy, Francioni y Petersman (eds.), *op. cit.*, pp. 487 ss. a 498.

<sup>12</sup> *Azurix Corp. v. La República Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, *ICSID Reports*, Vol. 14 (2009), pp. 367 ss. A los efectos del presente análisis, debe señalarse que, el laudo no mencionó expresamente el tema de los derechos humanos, sin embargo, el Tribunal determinó que las medidas adoptadas por el Gobierno no constituyeron una expropiación ilícita mencionando como referencia un antecedente de la Corte Europea de los Derechos Humanos (*casos James y otros v. Reino Unido*, Asunto N° 8793/79 de 21 de febrero de 1986, *Reports of Judgments and Decisions*, Series A N° 98) que señaló que la legalidad de una medida gubernamental, incluso cuando persiga un interés público, exige una relación de proporcionalidad entre dicha medida y el medio empleado, a saber, evitando sobrecargar excesivamente al inversionista. En el mismo sentido se pronunció en 2006 el laudo en *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Corp. v. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006, *ICSID Review*, Vol. 21, 2006, pp. 269 ss.

*Compañía de Aguas de Aconquija contra Argentina* de 2007,<sup>13</sup> que condenó a Argentina por 99 millones mientras se reclamaban 380.

Dicho razonamiento se aplicó, sobre todo en *Glamis (2009)*,<sup>14</sup> en el contexto del TLCAN. Más precisamente, en este último laudo se rechazaron todas las reclamaciones de la demandante, a saber, una compañía minera canadiense que invocaba la violación tanto de la prohibición de expropiación como de la obligación de trato justo y equitativo a través de medidas estatales adoptadas por razones ambientales. En particular, se postulaba la ilicitud de ciertas condiciones impuestas por el Estado de California respecto a un proyecto minero por consideraciones vinculadas a la protección medioambiental de una zona cercana a lugares sagrados para ciertos pueblos indígenas americanos. Mientras el laudo se concentró en la proporcionalidad financiera de las medidas exigidas para la realización del proyecto minero y en la determinación del contenido de la regla sobre el trato justo y equitativo, el Tribunal estableció la legalidad de la adopción por parte del Estado de todas las medidas que supusieron cargas significativas a la empresa extranjera basadas en razones de protección del medio ambiente, conectadas a su vez con los derechos de los pueblos indígenas.<sup>15</sup>

## B. ELEMENTOS JURISPRUDENCIALES MÁS EXPLÍCITOS

### 1. *El Caso SPP contra Egipto*

Cabe señalarse el laudo CIADI en el caso *SPP contra Egipto* de 1992<sup>16</sup> por haber manifiestamente tenido en cuenta obligaciones que surgían de una fuente diferente al TBI aplicable. Dicho caso versaba sobre la anulación de una concesión para la urbanización turística de un área adyacente a un sitio cultural protegido por la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO (Convención UNESCO), pero todavía no en vigor para Egipto al momento de la anulación del contrato. Por consiguiente, los árbitros no consideraron esa medida de anulación justificada bajo la Convención UNESCO. Justamente, el Tribunal sólo aplicó la Convención UNESCO desde la fecha de su vigencia para Egipto y, por consiguiente, no concedió al inversionista la indemnización por el lucro cesante después de la fecha de entrada en vigor de la mencionada Convención.

<sup>13</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007, en <<http://icsid.worldbank.org>>.

<sup>14</sup> Véase *Glamis Gold Ltd v. United States of America*, caso UNCITRAL, Laudo del 8 junio de 2009, en <<http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>>.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 4 y 329-353.

<sup>16</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, caso CIADI N° ARB/84/3, Laudo del 20 mayo de 1992, *International Legal Materials*, Vol. 32, 1993, pp. 1470 ss.

Se podría argumentar que en este caso, el Tribunal encontró la existencia de una “relación de conflicto” entre las normas internacionales de protección a la inversión extranjera y aquellas que protegen el interés público en la naturaleza cultural- retomando la terminología utilizada por la CDI en su trabajo sobre la fragmentación del Derecho Internacional-, dándole prevalencia a las últimas.<sup>17</sup> No obstante, cabe tener en cuenta que siendo un tribunal de inversiones el foro competente para juzgar controversias sobre las mismas, debe siempre interpretar y aplicar las reglas del TBI aplicable al caso tomando en consideración, además, aquellas reglas pertinentes a la relación entre el Estado receptor y aquél de cuya nacionalidad sea el demandante, en cumplimiento del Artículo 31, párrafo 3 (c), incluyendo los principios de buena fe, equidad, reciprocidad y debida diligencia, lo anterior como criterio para la determinación de la legalidad de la conducta del Estado respecto al comportamiento del inversionista. En ese sentido, dicho laudo constituyó un ejemplo de interpretación y aplicación de un TBI y de la Convención UNESCO de acuerdo a una “relación de interpretación” y no de conflicto entre ambos, siguiendo aun la línea de razonamiento y terminología de la CDI.

## 2. *El Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra Argentina (Suez)*

En el caso CIADI *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra Argentina (Suez)*,<sup>18</sup> del 30 de julio de 2010, se puede considerar un avance en el tema, por lo que hace al hallazgo de herramientas legales que abonan al equilibrio entre los beneficios económicos de los inversionistas extranjeros y los intereses públicos de los Estados receptores. En efecto, el Tribunal no pudo evitar tratar el tema de la relevancia de las normas sobre derechos humanos, puesto que tanto Argentina en su defensa como cinco organizaciones no-gubernamentales (ONGs) admitidas en el procedimiento en calidad de *amicus curiae* lo invocaron de forma masiva.<sup>19</sup> Básicamente, los demandantes reclamaban la violación de la prohibición de expropiación, de la obligación de brindar protección y seguridad a las inversiones realizadas y de la obligación de trato justo y equitativo. La demanda estaba fundada principalmente en la congelación de las tarifas por las autoridades argentinas frente a la tentativa de las demandantes de subir las mismas

<sup>17</sup> Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho internacional*, cit., p. 8.

<sup>18</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, en <<http://icsid.worldbank.org>>.

<sup>19</sup> En relación al papel de las ONGs en los procedimientos arbitrales en materia de inversiones, cabe poner de manifiesto las recientes modificaciones de las Reglas de Arbitraje del CIADI en el sentido de admitir (según la Regla 37(2), tal y como fue enmendada el 10 de abril de 2006), su eventual participación en procedimientos arbitrales cuando se traten cuestiones de interés público, como puede ser el caso nota de la gestión de servicios públicos. Sobre dicha cuestión, véase, Levine, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration. The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *Berkeley J. Int'l L.*, Vol. 29, 2011, pp. 200 ss.

en respuesta a la devaluación del peso y en la finalización del contrato de concesión por parte del gobierno argentino en marzo de 2006.

*3. La relevancia de los compromisos internacionales sobre los derechos humanos respecto a la defensa del estado de necesidad*

El Tribunal se vio orillado a tratar la importancia de los derechos humanos en relación con el estado de necesidad invocado por Argentina y los *amicus curiae*. En ese mismo orden de ideas, a pesar de que se determinó que Argentina había violado sus obligaciones derivadas de la normatividad sobre inversiones, la ilicitud de tal incumplimiento sería eximida bajo el principio de estado de necesidad, siempre que dicha conducta hubiera sido necesaria para que el Estado demandado diera cumplimiento a sus obligaciones respecto a derechos humanos. Mientras la jurisprudencia arbitral es contradictoria sobre este argumento, inclusive y especialmente respecto a los diferentes casos relacionados con la crisis argentina de 2001, la tendencia prevalente parece restrictiva y el laudo en cuestión constituye otra manifestación de esa misma tendencia. En efecto, el Tribunal rechazó la defensa en cuestión advirtiendo que las medidas adoptadas en violación de los TBIs no constituían la única alternativa para perseguir los intereses esenciales del país y de la población habitante en su territorio,<sup>20</sup> además de que la crisis económica fue considerada, por lo menos en parte, como una consecuencia de la conducta del Estado Receptor.<sup>21</sup> En efecto, invocar la importancia de sus obligaciones relativas a Derechos Humanos en un marco de defensa del estado de necesidad estuvo lejos de derivar en una interpretación del Derecho Internacional de Inversión que resultara contextual y armoniosa con la rama de Derecho antes mencionada, y devino claramente contraproducente para Argentina. Ello condujo justamente al Tribunal a enfatizar las obligaciones de la debida diligencia de los Estados receptores para con los inversionistas extranjeros y aquellas hacia su población.<sup>22</sup> A este respecto, el Tribunal afirmó:

[...] las obligaciones de Argentina en materia de derechos humanos y las que le imponen los tratados de inversión no son mutuamente incongruentes, contradictorias ni excluyentes. Por lo tanto, [...] Argentina pudo haber respetado ambos tipos de obligaciones.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A., cit.*, párrafos 264 y 265.

<sup>21</sup> *Idém.*

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrafo 262.

<sup>23</sup> *Idém.*

*4. Derechos Humanos y cumplimiento de las obligaciones sustantivas de inversión en el caso*

Independientemente de la necesidad como eximente de responsabilidad, el Tribunal tomó en consideración en su *ratio decidendi* las reglas sobre derechos humanos, además de la importancia de los intereses públicos para el desarrollo de los Estados parte de los TBIs, para determinar la cuestión de que se hubiera producido una eventual violación de la obligación de trato justo y equitativo. El laudo profundizó en las indicaciones del método hermenéutico necesario para conseguir una interpretación equilibrada entre los diferentes complejos normativos implicados. De manera apropiada, los árbitros se refirieron en un primer momento al artículo 31, párrafo 1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas “teniendo en cuenta su objeto y fin”. A este propósito, el laudo resolvió que la finalidad de los tres TBIs involucrados en el caso no estaba limitada solamente a la protección de las inversiones extranjeras, destacando que “[m]ediante esos tratados, los Estados Contratantes persiguen los objetivos, más amplios, de intensificar su cooperación económica mutua, con la finalidad de alcanzar una mayor prosperidad o un mayor desarrollo económico”.<sup>24</sup> A su vez, el Tribunal sostuvo en la misma dirección que: “él [...] debe establecer un equilibrio entre las expectativas legítimas y razonables de las demandantes y el derecho de Argentina de regular la prestación de un servicio público vital”.<sup>25</sup> Sin embargo, los árbitros fallaron en el sentido de que las medidas adoptadas por Argentina infringieron la obligación un trato justo y equitativo.<sup>26</sup>

Es lamentable que el Tribunal se haya limitado en su interpretación de las reglas de inversión aplicables. No hay en el laudo ni una somera referencia al artículo 31, párrafo 3 (c) CVDT, según el cual las disposiciones de un tratado serán interpretadas contextualmente teniendo en cuenta “toda forma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.<sup>27</sup> Dicho enfoque interpretativo habría desviado la atención concentrada en la mera compatibilidad y separación de estas dos ramas del Derecho que colocan la carga de la obligación únicamente en los Estados Receptores, hacia una aplicación integral de las obligaciones generadas por la inversión y de aquéllas provenientes de las reglas de Derechos Humanos aplicables.

A su vez, es de hacer notar que el laudo sugirió que Argentina no había aprovechado la oportunidad de encontrar un cierto equilibrio entre sus obligaciones internacionales derivadas de los TBIs, por un lado, y aquéllas que emanan de los tratados de derechos humanos, por otro. Respecto a la adopción de la Ley de enero de 2002 que abolió los

<sup>24</sup> *Ibidem*, párrafo 218.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párrafo 236.

<sup>26</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A.*, cit., párrafo 238.

<sup>27</sup> La proposición de dicho enfoque interpretativo ha ido generalizándose en la doctrina. Véase, entre otros, Luke E. Peterson, “Human Rights and Bilateral Investment Treaties”, Montreal, Quebec: Rights & Democracy, 2009, p. 22, B. Simma, “Foreign Investment Arbitration. A place for Human Rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, col. 60, 584 and Tanzi, *op. cit.*, pp.58, 63 .

ajustes tarifarios anuales automáticos en función de los costos de acuerdo con índices internacionales, cancelando el régimen tarifario y estableciendo un proceso de renegociación obligatorio, el Tribunal advirtió que:

Si la preocupación de Argentina consistía en proteger a los pobres frente al aumento de las tarifas, podría haber autorizado incrementos de tarifas para otros consumidores y simultáneamente haber aplicado una tarifa social o dispuesto un subsidio para los pobres [...].<sup>28</sup>

La reclamación de expropiación fue considerada por los árbitros con escasas referencias manifiestas a los aspectos de los intereses públicos, resolviendo que las medidas denunciadas por las demandantes<sup>29</sup> no constituyeron forma alguna de expropiación. Con tal objeto, el Tribunal resolvió que, aunque las medidas denunciadas<sup>30</sup> conllevaron una disminución del valor de la inversión, no supusieron *qua talis* una expropiación.<sup>31</sup> Lo anterior, en línea con la jurisprudencia CIADI relativa a los servicios públicos de suministro de gas, en *CME* de 2001,<sup>32</sup> en *CMS* de 2003<sup>33</sup> y en *LG&E* de 2006.<sup>34</sup>

Por lo que hace a la extinción del contrato de concesión por Argentina, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se produjo expropiación. A este efecto, los árbitros siguieron la jurisprudencia de *Siemens AG c. Argentina* de 2007,<sup>35</sup> en el sentido de que un incumplimiento contractual por un Estado puede constituir un ilícito internacional sólo cuando dicho Estado actúa en ejercicio de sus facultades soberanas.<sup>36</sup> Paradójicamente, el laudo encontró una solución favorable para el Estado demandado ignorando la dimensión pública de su conducta y afirmando que actuó en calidad de parte contratante, lo que daría lugar sólo a reclamaciones contractuales, “que normalmente no están amparadas por un tratado de inversión”.<sup>37</sup> Por consiguiente, el Tribunal resolvió que él no tenía jurisdicción sobre disputas relativas al contrato.

A pesar de esa conclusión, el Tribunal no se eximió de considerar la cuestión de la rescisión del contrato de concesión para juzgar si dicha conducta conllevó a una violación

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo 235.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párrafo 136.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, caso UNCITRAL, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, *ICSID Reports*, Vol. 9, 2006, pp. 121 ss.

<sup>33</sup> *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/08, Laudo del 12 de mayo de 2005, *International Legal Materials*, Vol. 44, 2005, pp. 1205 ss.

<sup>34</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Corp.*, *cit.*

<sup>35</sup> *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, caso CIADI N° ARB/02/8, Laudo de 6 del febrero de 2007, *ICSID Reports*, Vol. 14, 2009, pp. 518 ss., párrafo 248.

<sup>36</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.*, *cit.*, párrafo 153.

<sup>37</sup> *Idem*.

del TBI por lo que hace a los Derechos Humanos y al Medio Ambiente. A dicho fin, los árbitros tuvieron en cuenta la argumentación de Argentina según la cual ella “tenía la responsabilidad de garantizar la continuación de la prestación de un servicio público vital para la salud y el bienestar de su población”<sup>38</sup> frente a la intención de los inversionistas extranjeros (los accionistas de AASA) de abandonar la concesión como manifestaron seis meses antes de la rescisión llevada a cabo por la demandada. El laudo consideró que “la solicitud de AASA de dar por terminada la concesión pudo haber contribuido a que Argentina, meses más tarde, decidiera dar por terminada [sic] súbitamente la concesión misma”.<sup>39</sup> Así, se subrayó que, teniendo Argentina “en definitiva la responsabilidad de proporcionar vitales servicios de agua y desagües cloacales a la población del Gran Buenos Aires”,<sup>40</sup> el rechazo inicial de Argentina de la solicitud de poner fin a la concesión expresada por las demandantes fue motivado.<sup>41</sup>

Cabe señalar que el Tribunal tomó en consideración la cuestión de la contaminación del agua invocada por Argentina entre las motivaciones para justificar la terminación del contrato de concesión para juzgar si con su actuación Argentina incumplió dicho contrato de tal manera como para, al mismo tiempo, violar los estándares de trato justo y equitativo requeridos por los TBIs aplicables. Los árbitros llegaron a la conclusión de que la misma violación no se produjo y cabe señalar que el laudo destacó que “[si bien] la presencia de altos niveles de nitrato en el agua puede haber sido un pretexto injustificado [...], en el expediente hay pruebas de que esos altos niveles pueden haber existido”.<sup>42</sup> Eventualmente, la conducta de Argentina al respecto fue considerada legal, tomando en consideración, a su vez, aspectos ambientales y de salud.

Del laudo *Suez* parecen emerger tres tendencias igualmente dirigidas hacia la búsqueda de un equilibrio entre los intereses privados de los inversionistas extranjeros y el interés público del Estado receptor de las inversiones. En primer lugar, deben subrayarse los argumentos más tradicionales en la jurisprudencia arbitral, tendientes a evaluar si hay un balance entre la afectación de la inversión extranjera por una medida estatal y el bienestar general procurado con dicha medida.<sup>43</sup> Lo anterior en línea con jurisprudencia que resulta bastante consistente como en *Tecmed SA contra México* de 2003,<sup>44</sup> en *Azurix Corp.*

<sup>38</sup> *Ibidem*, párrafo 202.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párrafo 245.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> Otra muestra de esa tendencia se encuentra en el modelo de BIT de 2004 de los Estados Unidos [artículo 8, párrafo 3 3 (c) (*Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection Investment*). Texto disponible en <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>]. Véase también, Vandeveldt, “A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests”, *The Yearbook on Intl' Invest. Law*, 2008-2009, pp. 283 ss.

<sup>44</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, *ICSID Review*, Vol. 19, 2004, pp. 158 ss.

contra Argentina de 2006,<sup>45</sup> *LG&E Energy contra Argentina* del mismo año,<sup>46</sup> *Glamis Ltd. contra Estados Unidos* de 2009,<sup>47</sup> así como, previamente, el Tribunal Arbitral Irán-Estados Unidos en *Sea-Land contra Irán* de 1984.<sup>48</sup>

En segundo lugar, a pesar de que el aspecto de los Derechos Humanos en el caso *Suez* fue explícitamente considerado en relación a la defensa del estado de necesidad, las consideraciones sobre los derechos básicos de la población afectada por el suministro de servicios públicos esenciales fueron de particular relevancia para la decisión del Tribunal respecto de la conducta del gobierno argentino. En particular, esa parece ser la causa de la decisión de rechazar la alegación de las demandantes, según la cual Argentina sería responsable por expropiación, y de la interpretación “atenuada” de los elementos fácticos considerados en torno a la violación de la obligación de trato justo y equitativo. Ello podría tener un impacto significativo en un laudo de indemnización que sea emitido con posterioridad.

En tercer lugar, cabe destacar que en modo alguno el laudo desconoció el contenido del derecho humano al agua ignorando cualquier actitud controversial relativa a su contenido, propiciando así la articulación de dicho derecho como fundamental al amparo de la Resolución 64/292 de la Asamblea General.<sup>49</sup>

##### 5. El Laudo *Suar*: en seguimiento a *Suez*

En el año 2012, a dos años del Laudo *Suez*, otra decisión sobre un caso con antecedentes particularmente similares a aquél, fue pronunciada por un Tribunal CIADI, a saber, el caso *Suar International contra Argentina*.<sup>50</sup> A pesar de los antecedentes similares, ambas decisiones no alcanzaron punto de encuentro. Así, mientras ambas desecharon la afirmación de que el Estado receptor negó la plena protección y seguridad a la inversión extranjera y, a su vez, coincidieron con la parte demandante en el alegato de incumplimiento en cuanto hace al trato justo y equitativo; el Tribunal, en el caso *Suar*, coincidió en el alegato de constitución de expropiación, mientras el Laudo *Suez* no lo hizo así. De mayor importancia es que mientras hizo referencia a los enunciados generales de la mencionada controversia *Suez*,<sup>51</sup> declaró directamente que debía tomar en consideración los “Derechos

<sup>45</sup> *Azurix Corp.*, cit..

<sup>46</sup> *LG&E Energy Corp.*, *LG&E Capital Corp.* y *LG&E International Corp.*, cit..

<sup>47</sup> *Glamis Gold Ltd.*, cit..

<sup>48</sup> *Sea Land Services Inc. v. Iran*, Laudo N° 135-33-1, del 22 de junio de 1984, *Iran-US Claims Tribunal Reports*, Vol. 6, 1984, pp. 149 ss. En esa misma línea también se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos en 1982 en el *Caso Sporrang y Lönnroth contra Suecia*, Appl. N° 7151/75 y 7152/75, Sentencia del 23 de septiembre de 1982, *Reports of Judgments and Decisions*, Serie A N° 52, y en el caso *James e otros v. Reino Unido*, cit..

<sup>49</sup> Thielbörger P. 2009, p. 491.

<sup>50</sup> Caso CIADI N° ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de 6 de junio de 2012.

<sup>51</sup> Ver *supra*, nota al pie de página 24, mencionada en *Suar*, párrafo 470.

Humanos en general así como el derecho humano al agua en particular” en tanto pertenecen a los principios generales del Derecho Internacional.<sup>52</sup> No obstante, el impacto de las consideraciones relativas a derechos humanos en esta decisión permanece como materia de especulación.

Pareciera ser que, mientras se enfoca en la tensa compatibilidad de ambos sectores de Derecho en cuestión, el laudo *Suar* ha desviado la atención de la materia sustantiva, como lo es el impacto de las obligaciones derivadas de los Derechos Humanos en cuanto hace a la interpretación y aplicación de reglas de inversión.

En las siguientes consideraciones conclusivas se considerará un marco tanto legal como conceptual con la finalidad de promover un enfoque más equilibrado de la cuestión sin llegar a revertir la inestabilidad desplazando una carga excesiva del Estado receptor sobre el inversionista extranjero.

## V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS Y UNA PROPUESTA

En laudos arbitrales internacionales, la interpretación y aplicación de TIIs han sido consagradas como una práctica común en materia de servicios públicos privilegiando a los inversionistas extranjeros y menoscabando la potestad reglamentaria del Estado receptor. La jurisprudencia arbitral reciente ofrece un razonamiento jurídico capaz de brindar un enfoque judicial más equilibrado. Dado que dichas posibilidades no han podido desarrollarse del todo en la jurisprudencia, se han desplegado tentativas propuestas que podrían robustecer en cuanto a sustancia el acervo conceptual que ya emerge de la mencionada jurisprudencia.<sup>53</sup>

Mientras la protección concreta de las inversiones extranjeras constituye la finalidad más evidente de los TIIs, de acuerdo a toda la lógica de lo anterior, dicha finalidad debe buscarse en armonía con la promoción de la cooperación para el desarrollo económico de los Estados receptores. En efecto, el propio Convenio de Washington de 1965, que establece al CIADI, destacó “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico” en el primer párrafo de su preámbulo.<sup>54</sup> Parece obvio que las conductas de los inversionistas extranjeros que violan los derechos básicos de la población, o partes de ella, no cumplen con el principio de cooperación para el desarrollo del Estado anfitrión y por eso no merecen la plena protección de los TBIs.

La labor de los Tribunales Arbitrales no sería, obviamente, determinar la responsabilidad de los inversionistas extranjeros, sin embargo, la conducta de éstos, a la luz de los estándares internacionales pertinentes, constituirían un criterio fundamental para deter-

<sup>52</sup> *Suar*, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, párrafo 330.

<sup>53</sup> Ver, en particular, Juez Simma (*op. cit.*, pp. 592 ss.). Ver también Tanzi, *op. cit.*, pp. 67-73.

<sup>54</sup> Párrafo 1.

minar la legalidad de las medidas adoptadas por los Estados receptores para asegurar los servicios públicos esenciales.

Por otro lado, la conexión entre TBIs y compromisos internacionales sobre derechos humanos inevitablemente impone al Estado anfitrión una carga, en términos de la debida diligencia.<sup>55</sup> Para evitar tener que soportar esa exagerada carga adicional ante los Tribunales Arbitrales, aun ante jurisdicciones nacionales, los Estados anfitriones, con carácter preventivo han de actuar en línea con los estándares de la correspondiente debida diligencia. Elementos para tal fin están emergiendo en los instrumentos de Derecho de los Tratados Internacionales –y de Derecho no vinculante– antes mencionados,<sup>56</sup> así como en la práctica regulatoria, legislativa y contractual interna que brinda asistencia para el cumplimiento estatal con la protección de inversiones extranjeras, de la misma forma que con obligaciones relativas a Derechos Humanos, brindando también una guía a los inversionistas extranjeros en la adopción de conductas que no devengan en justificación de medidas restrictivas por parte de los Estados Receptores.

Si las cuestiones relativas a Derechos Humanos derivan en estándares relevantes en el razonamiento de los tribunales de inversión en estos términos, ello podría llamar la atención de los actores involucrados a la importancia de atenerse a dichos estándares, ya sea precontractual o contractualmente, mejorando así la prevención de controversias y el grado de percepción de legitimidad del Derecho Internacional de Inversión.

---

<sup>55</sup> En el laudo *Suez* se confirmó la responsabilidad de Argentina de proporcionar servicios públicos a la población (Caso *Suez*, párrafo 245). Este enfoque fue confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, *Reports of Judgments and Decisions*, Serie C N° 146, párrafo 140, (disponible en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Acceso 12 de octubre de 2011); por la CEDH (*Bosphorus Airways v. Ireland*, App. N° 45036/98, Sentencia del 30 de junio de 2005, (disponible en <http://www.echr.coe.int>). Acceso 12 de octubre de 2011); y *Al-Saadoon y Mufidhi v. the United Kingdom*, App. N° 61498/08, Sentencia de 2 de marzo de 2010 (disponible en <http://www.echr.coe.int>). Acceso el 12 de octubre de 2011).

<sup>56</sup> Ver *supra*, párrafo 3.