

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**INCIDENCIAS DE LA INVOCACIÓN DEL DERECHO AL AGUA
EN ARBITRAJES ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES: DE
LA DEMANDA POR TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A LA
DEMANDA RECONVENCIONAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO**

AUTOR

Angela Patricia Galvis Pulido

ASESOR:

Roberto Fernando Claros Abarca

Febrero, 2019

El presente trabajo de investigación expone uno de los diversos escenarios en donde dos ramas del derecho internacional, las inversiones y los derechos humanos se interrelacionan. Para ello, se parte del supuesto de una demanda interpuesta ante el CIADI por un inversionista extranjero contra un Estado alegando violación del estándar de trato justo y equitativo, ante lo cual, el Estado responde con argumentos relativos a obligaciones referentes al derecho al agua en cabeza del mismo Estado o del inversionista. A partir de ello, se establecen tres supuestos principales, que dichos argumentos sirvan para determinar que no existió violación del estándar, que si bien los mismos no logren ser suficientes para ello, si puedan fungir como un factor mitigante de la compensación a pagar al inversionista, y en ultima ratio, que ante la gravedad de los argumentos y pruebas, los mismo sirvan como base de una demanda reconventional, en la cual el Estado no solo busque que se le nieguen las pretensiones al inversionista, sino incluso una compensación propia. El trabajo se basa en doctrina y jurisprudencia que permite analizar y determinar de que manera la invocación de obligaciones sobre el derecho al agua pueden incidir en el caso que se adelante ante este centro de arbitraje, partiendo de la identificación de la fuente de dichas obligaciones, el análisis de los elementos relevantes para la determinación de la violación del estándar TJE, la influencia y repercusión que estas obligaciones pudieran tener en la reducción de la compensación, y las reflexiones sobre la viabilidad de plantear demandas de reconvencción, con lo cual se logra poner en evidencia la interconexión y complementariedad entre el derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos, desde una perspectiva objetiva, cautelosa y fundamentada sobre los limites del método científico- cualitativo a través de una aproximación deductiva.

PALABRAS CLAVE

Inversión extranjera, derechos humanos, derecho al agua, trato justo y equitativo, CIADI.

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1. LA POSIBILIDAD DE INVOCAR OBLIGACIONES EN MATERIA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN ARBITRAJES CIADI.....	6
1.1. EL DERECHO HUMANO AL AGUA COMO PARTE DEL DERECHO APLICABLE.....	11
1.1.1. <i>Derecho internacional.</i>	13
1.1.2. <i>Base contractual.</i>	23
1.1.3. <i>Derecho interno.</i>	28
1.2. LA INVOCACIÓN DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA A TRAVÉS DE LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN LA INTERPRETACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN.	33
CAPÍTULO 2. LA INVOCACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN DEMANDAS ARBITRALES BASADAS EN EL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (TJE)	38
2.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL TJE.....	45
2.1.1. <i>Tipología del TJE en acuerdos internacionales de inversión</i>	45
2.1.2. <i>Los elementos del TJE desarrollados en arbitrajes CIADI: casos emblemáticos.</i>	53
2.2. IMPLICACIONES DE LA INVOCACIÓN DEL DERECHO AL AGUA EN LA DETERMINACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL TJE .	62
2.3. IMPLICACIONES DE LA INVOCACIÓN DEL DERECHO AL AGUA EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR VIOLACIÓN DEL TJE.....	70
CAPÍTULO 3. LA INVOCACIÓN DEL DERECHO AL AGUA COMO SUSTENTO DE DEMANDAS RECONVENCIONALES EN ARBITRAJES INTERNACIONALES CIADI	76
3.1. DEMANDAS RECONVENCIONALES BASADAS EN CONTRATOS	88
3.2. DEMANDAS RECONVENCIONALES BASADAS EN FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	93
CONCLUSIONES.....	103
LISTA DE REFERENCIAS	108

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surgió como una idea por buscar la relación entre dos ramas del derecho internacional, referidas a los derechos humanos y las inversiones. El tema fue escogido como resultado de escuchar diferentes opiniones, clases recibidas y lecturas sobre el particular, así como por el deseo de buscar soluciones conjuntas a problemáticas actuales a través de la armonización en el derecho internacional. En ese sentido, se optó por circunscribir la tesis a las incidencias de la invocación del derecho al agua en arbitrajes CIADI, a través escenarios específicos que pueden darse en distintas etapas de un procedimiento arbitral.

El tema se escogió por la relevancia que reviste, pues en la actualidad los tribunales arbitrales de inversiones son cada vez más susceptibles de tener que considerar temas tan sensibles como el derecho al agua en lo que respecta a su jurisdicción y el fondo de las controversias. Por este motivo, se optó por plantear tres escenarios que permiten evidenciar, a la luz de casos que se han abordado al interior del CIADI, algunas de las posibilidades que se derivan de la invocación de argumentos sobre el derecho al agua. Tales escenarios están referidos a la incidencia de dicha invocación en: (i) la determinación de la violación del estándar de protección de trato justo y equitativo (TJE), (ii) la compensación a pagar al inversionista en el supuesto que se determine tal violación, y (iii) la posibilidad de plantear una demanda de reconvencción en contra del inversionista.

La hipótesis del trabajo de investigación es que las obligaciones en materia de derechos humanos, recogidas en distintas fuentes del derecho aplicables al arbitraje internacional de las inversiones, pueden tener una incidencia directa de cara a determinar si se ha producido una violación del TJE y reducir la compensación en el supuesto de haberse determinado tal violación, así como respecto a la posibilidad de plantear demandas reconvenzionales en el caso de las obligaciones de derechos humanos que recaen en el inversionista. Ello constituye un aspecto que pone en evidencia la interconexión y complementariedad entre el derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos.

En consecuencia, con este trabajo se busca identificar las fuentes para invocar obligaciones en materia del derecho al agua ante tribunales CIADI como parte del derecho

aplicable o en la interpretación del mismo. A partir de ello, se apunta a analizar los⁵ elementos relevantes para la determinación de la violación del estándar TJE, las incidencias en la compensación y la posibilidad de plantear demandas reconventionales, tomando en consideración también los casos arbitrales CIADI donde se han invocado obligaciones relativas al derecho al agua.

La tesis se desarrolla utilizando el método científico-cualitativo, mediante la descripción y análisis de información y argumentos de manera lógica y con una aproximación deductiva, desde un estudio del contenido de las normas jurídicas referentes tanto al TJE como al derecho al agua, hasta una aproximación práctica y específica de algunos casos de arbitraje internacional de inversiones. De esta manera y con ayuda del método dialéctico, confrontando las diversas posiciones, se busca determinar si ambas obligaciones se excluyen mutuamente o si por el contrario pueden ser protegidas conjuntamente o de manera complementaria según esta rama del derecho internacional económico.

En ese sentido, en el primer capítulo se analiza la posibilidad de invocar obligaciones en materia del derecho humano al agua en arbitrajes CIADI, destacando como el derecho al agua puede llegar a ser parte de la ley aplicable tanto por vía del derecho internacional, sobre una base contractual, así como en virtud del derecho interno. Igualmente, se aborda la posibilidad de recurrir a la integración sistémica en la interpretación de los AIIS para efectos de tomar en consideración otras normas del derecho internacional relevantes en una controversia. En el segundo capítulo, se entra como tal a la invocación de dichos argumentos sobre el derecho al agua, aplicados directamente en demandas arbitrales donde se estudia la violación del TJE, para lo cual se estudia la tipología y los elementos de este estándar de protección, las implicaciones de la invocación del derecho al agua en la determinación de la violación del estándar y la incidencia de dicha invocación en la determinación de la compensación a pagar al inversionista. En último lugar, el tercer capítulo se aboca a la posibilidad de plantear una demanda de reconvencción en los arbitrajes CIADI basada en argumentos sobre el derecho al agua, para lo cual se hace un breve análisis del estado y las características de este tipo de demandas y se contemplan como escenarios que las mismas tengan como base los contratos o que encuentren su fundamento en fuentes del derecho internacional. Finalmente, se presentan las conclusiones y reflexiones finales del trabajo.

Capítulo 1. La posibilidad de invocar obligaciones en materia del derecho humano al agua en arbitrajes CIADI

El argumento general para justificar la existencia del derecho internacional de inversiones es que el mismo permite lograr niveles más altos de previsibilidad para fomentar el clima de inversiones mediante la celebración de tratados que protegen a las inversiones extranjeras, en los cuales se incluye un sistema de solución de controversias para fortalecer el *rule of law* y dotar de seguridad jurídica a los negocios internacionales que en su marco se establezcan (Echaide, 2017 p. 84). Todo esto se da en razón a que dichas inversiones se consideran como un medio para lograr crecimiento económico y desarrollo de los países receptores.

Sin embargo, al interior de esta rama del derecho internacional existe una asimetría importante, ya que en este régimen, que se instituye principalmente mediante los instrumentos jurídicos conocidos como AII (Acuerdos Internacionales de Inversión), se otorgan derechos en favor de los inversionistas pero no se imponen, por lo general, obligaciones sustantivas correlativas en cabeza de aquellos.

Por otra parte, a nivel doctrinario se han elevado posiciones tanto a favor como en contra de la actuación de las corporaciones multinacionales, que son las principales inversionistas y las mayores beneficiadas por este régimen. En ese sentido, una posición considera que las mismas escogen estratégicamente los Estados en los que van a realizar sus inversiones para beneficiarse de sus flexibles, débiles o inexistentes leyes corporativas, tributarias e incluso de derechos humanos, con el único propósito de maximizar su ganancia, mientras que otro sector¹ sostiene que la inversión extranjera, independientemente de esos argumentos, sí contribuye con el desarrollo del Estado receptor en el que se sitúa (Fry, 2007 p. 106).

Además de esto, del desbalance de los AII también puede generarse cierta tensión, basada en la mayor protección de los intereses de los inversionistas respecto de los

¹ Ver más en Joel Bakan, *The Corporation: The Pathological Pursuit of profit and Power* 60-84 (2004); Laura Spitz, *The Gift of Enron: An Opportunity to Talk About Capitalism, Equality, Globalization, and the Promise of a North-American Charter of Fundamental Rights*, 66 OHIO ST. L.J. 315, 367 n.214 (2005).

intereses del Estado. Sin embargo, una cosa es decir que hay un desequilibrio y otra cosa⁷ es decir que el arbitraje internacional de inversiones socava las obligaciones de derechos humanos. En ese sentido, debe tenerse presente que este medio de solución de controversias está basado en los principios de neutralidad y consentimiento de las partes, por lo que los tribunales arbitrales no pueden obligar a un Estado a actuar de una manera que no fuera razonablemente previsible cuando este suscribió el AII (Fry, 2007 p. 104).

De otro lado, existen posturas que sostienen que el desafío principal e incluso la viabilidad misma del régimen internacional de inversiones reside y solo puede garantizarse en la medida en que sus estructuras normativas permitan que tanto los Estados negociadores de una AII como los árbitros puedan proporcionar un equilibrio adecuado entre los intereses económicos legalmente protegidos de los inversionistas extranjeros y el espacio regulador de los Estados receptores de inversión. Esto último incluye la necesidad de tomar en consideración la finalidad de promover y proteger intereses públicos como es el caso de los derechos humanos (Nowrot, 2014 p. 613-614).

A pesar de los argumentos presentados, esta investigación no parte de tomar posición alguna sobre las alternativas para una reforma del derecho internacional de las inversiones, sino que simplemente busca evidenciar la interrelación que se da entre el derecho internacional de las inversiones y el de los derechos humanos. En ese sentido, se puede establecer que el derecho internacional de las inversiones es un régimen que se enfrenta al desafío permanente de reducir la tensión entre los intereses legítimos de quienes en su interior participan, debido a que las actuaciones y/u omisiones de los inversionistas extranjeros tienen consecuencias importantes tanto para los Estados receptores como para las poblaciones locales, ya que, dependiendo de ello, bien se puede promover el desarrollo económico o, por el contrario, generar efectos sociales y medioambientales devastadores (Perrone, 2014 p. 1), motivo por el cual se justifica la búsqueda de ese equilibrio de intereses y derechos.

A ese respecto, aunque la mayoría de AIIs no contemplan disposiciones en materia de derechos humanos y que, sobre ese tema existe poco desarrollo a nivel de las decisiones tomadas por los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), actualmente y debido a una

nueva generación de AIIs², ya sea porque contemplan disposiciones específicas en la materia o debido a la amplitud proveniente de su redacción, existen casos donde se han invocado argumentos relativos a derechos humanos, lo cual no solo ha hecho que los tribunales arbitrales se hayan pronunciado sobre estos temas, sino que incluso ha llevado a que los mismos acudan a los métodos de proporcionalidad propios de las cortes regionales de derechos humanos (Kube & Petersmann, 2016 p.1).

En esa línea, aunque de manera limitada, existe una serie de posibilidades que permiten invocar temas que no son necesariamente económicos para que sean considerados por los tribunales del CIADI, como es el caso de los derechos humanos. Aunque la posibilidad de los Estados para reclamar ante el CIADI reparaciones por violaciones a los derechos humanos cometidas por parte de un inversionista extranjero son prácticamente nulas (Dumberry & Dumas-Aubin, 2012 p. 349), las opciones que aquí se van a presentar para demostrar el diálogo entre el derecho internacional de las inversiones y de los derechos humanos se sitúan bajo el supuesto de arbitrajes CIADI donde el inversionista presenta una demanda por violación del estándar de TJE, ante la cual el Estado invoca consideraciones en materia de derechos humanos ya sea en la contestación a la demanda principal, como un medio de disminuir la compensación resultante de la efectiva violación del estándar, o bien mediante una demanda reconventional por violación de obligaciones de derechos humanos exigibles al inversionista.

Así las cosas, los tribunales arbitrales del CIADI pueden admitir los argumentos planteados por el Estado, en la medida en que, dentro de alguna de las fuentes del derecho aplicable en el arbitraje, ya sea derecho internacional, derecho contractual o derecho interno, se contemplen obligaciones relativas a los derechos humanos que directa o indirectamente recaen sobre el Estado o los inversionistas. Para esta investigación, se va a estudiar específicamente el caso de la invocación de obligaciones relativas a un derecho tan vital, escaso y necesario para todas las actividades humanas como es caso del derecho al agua.

² Dentro de los que se encuentran el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG o CETA, por sus siglas en inglés) entre la UE y Canadá, el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá de 2009, entre otros que serán estudiados en el presente capítulo.

A efectos de analizar el derecho aplicable en arbitrajes CIADI, en el presente capítulo⁹ se van a estudiar en primer lugar las opciones que existen a nivel del derecho internacional, principalmente tomando como fuente los AII que contienen disposiciones en virtud de las cuales es posible invocar obligaciones en materia de derechos humanos. En algunos casos, este tipo de disposiciones puede evidenciar la voluntad de los Estados de recuperar su espacio regulador mediante la imposición de límites a los derechos de los inversionistas, con la aclaración que la autonomía regulatoria, lejos de ser un fin en sí mismo, es más bien ante todo un medio para perseguir, y de hecho incluso encuentra su justificación y legitimación exclusivamente en la búsqueda de, la promoción y protección del interés público (Nowrot, 2014 p. 622-624), entre ellos el derecho al agua.

Al respecto, la opción reguladora actualmente más notable para poner de relieve intereses públicos no económicos se da en los AII³ en los que se establecen disposiciones específicas a propósito del espacio regulador de los Estados, los derechos humanos, la responsabilidad corporativa, etc. A modo de ejemplo, se puede citar algunos de los acuerdos celebrados por Canadá⁴, en los que se contemplan excepciones generales y disposiciones sobre el espacio regulador del Estado, mediante las cuales, bajo ciertas y determinadas razones, la actuación del Estado se puede desviar de los estándares contemplados en los AII. Asimismo, se encuentran aquellos AII que proveen precisiones sobre el alcance de la aplicación de normas sustantivas de protección a la inversión extranjera, las cuales tradicionalmente son bastante amplias e indeterminadas, como en el caso del estándar de Trato justo y Equitativo (TJE)⁵. Finalmente, existen otros

³ Al respecto, ver el Artículo 21(2) del TBI Colombia- Japón 2011, y el Artículo 5 (1) del TBI entre la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo y Tayikistán 2009.

⁴ Entre los acuerdos de inversión más recientes en los que Canadá es parte contratante y que incluyen disposiciones en los aspectos señalados, puede citarse el Artículo X (6) del TBI de la República Checa y Canadá 2009, Artículo 32 (1) del TBI Canadá-Tanzania 2013, Artículo 832 (1) del AII Canadá-Colombia 2008, Artículo 40 (2) del BIT Canadá-Jordania 2009, y el Artículo 32 (1) del BIT Canadá-Kuwait 2011.

⁵ Artículo 6 (2) (c) del AII Colombia-India 2009, Anexo B.13 (1) del Acuerdo entre Canadá y el Reino Hachemita de Jordania para la Promoción y Protección de Inversiones 2009, Anexo A del Acuerdo entre Canadá y la República Eslovaca para la Promoción y Protección de Inversiones 2010, Anexo B.10 del Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones 2012, artículo 6 (2) del TBI Bangladesh-Turquía 2012.

AIIs que imponen obligaciones directas⁶ sobre los inversionistas (Nowrot, 2014 p. 631-10 635); estas opciones serán estudiadas a lo largo del presente capítulo.

Posteriormente, se va a continuar con las obligaciones provenientes de la fuente contractual, principalmente con relación a los contratos de concesiones que se han dado en virtud de la prestación de servicios públicos, como en el caso del agua y saneamiento, los cuales han ido aumentando en las últimas décadas. Este estudio se va a realizar a través un análisis tanto de doctrina, como de jurisprudencia en la que se han invocado argumentos relativos a los derechos humanos y el interés público, incluyendo obligaciones relativas al derecho al agua como parte del derecho aplicable. Ello es posible, principalmente, en virtud de la cláusula paraguas o debido a la amplia redacción de la ley aplicable de los AIIs, las cuales permiten incorporar argumentos relativos a obligaciones de aquellos contratos en la evaluación que se haga del caso por parte del tribunal arbitral.

Luego de esto, se va a analizar el supuesto relativo a los casos en los cuales algunas disposiciones de derecho interno deben ser consideradas por los tribunales arbitrales CIADI, en virtud de disposiciones incorporadas en los instrumentos jurídicos de protección a la inversión extranjera aplicables, que por remisión refieren a aquellas, y las cuales sirven tanto para determinar la validez de la inversión, y, por ende, su protección en virtud del AII, así como para que el tribunal arbitral conozca de argumentos que tienen que ver con obligaciones en materia de derechos humanos, que pueden encontrarse contemplados en el derecho interno del Estado receptor.

Finalmente, el capítulo considerará el criterio de integración sistémica, el cual, dependiendo fundamentalmente de la redacción del texto del tratado, puede ser aplicable para efectos de invocar el derecho al agua. Este criterio encuentra su base legal en el artículo 31, numeral 3, literal c de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, que establece que para la interpretación de los tratados, en este caso para la interpretación de una disposición del AII, “junto al contexto, habrá de tenerse en cuenta

⁶ Artículo 13 del Acuerdo de inversión de para el mercado común de África oriental y meridional (COMESA) 2007, igualmente el Artículo 10 del Anexo 1 del Protocolo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC) sobre Finanzas e Inversiones 2006.

toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las¹¹ partes”.

1.1. El derecho humano al agua como parte del derecho aplicable.

Según el Informe sobre Desarrollo Humano 2006 publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo⁷, en el mundo más de 1.200 millones de personas carecen de acceso a agua potable, mientras que 2.600 millones no tienen acceso a servicios de saneamiento, casi dos millones de niños mueren cada año por falta de agua limpia y baños limpios, y, aunque ninguna persona o Estado refutan la afirmación de que todos los seres humanos deberían tener un derecho al agua en cantidad y calidad suficientes, en la actualidad todavía no existe un reconocimiento explícito, ni legalmente exhaustivo de tal derecho en los textos de los convenios y tratados internacionales (Thielbörger, 2009 p. 488).

En la actualidad, en la edición de actualización estadística 2018 de Índices e indicadores de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, dentro de los indicadores ambientales, se habla del agotamiento de los recursos de agua dulce como una seria amenaza para la humanidad, tanto a nivel de medios de vida como de vidas mismas a causa de los fenómenos naturales que este hecho conlleva, lo cual además pone en serio peligro el desarrollo y el futuro de las próximas generaciones. En dicho informe también se exhorta a las empresas a cambiar el actual modelo de operaciones, y, de igual manera, se establece como metas para el 2030 reducir las enfermedades transmitidas por el agua, la cantidad de muertes y enfermedades causadas por la contaminación del agua y la tasa de mortalidad atribuida a servicios de agua, saneamiento e higiene inseguros (United Nations, 2018 p. 3, 21-22, 119).

Con todo esto se quiere enfatizar el reconocimiento de este derecho en el foro mundial más grande, así como las preocupaciones que de estos indicadores se suscitan al interior de la comunidad internacional en general. Además, debido a la importancia y las consecuencias que su regulación implica, el derecho al agua puede estar contemplado en normas de derecho internacional, derecho interno, o tener base contractual, como se verá

⁷Ver informe completo en http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf

en los siguientes subcapítulos. Todo ello también sirve para reafirmar la importancia¹² de lograr un equilibrio entre el derecho internacional de las inversiones y el de los derechos humanos que se mencionó en el acápite anterior.

En este sentido, para vincular obligaciones relativas al derecho al agua en arbitrajes internacionales inversionista-Estado, se debe partir no solo de la fuente de obligaciones de las mismas, sino de la competencia y jurisdicción que sobre estos argumentos pueda tener el tribunal arbitral, cuyo alcance va a depender de la redacción del AII, tanto de las disposiciones y normas aplicables que el mismo expresamente contemple, como de la remisión que contemple referida a la legislación aplicable; o, a falta de estas, de las disposiciones mismas del convenio CIADI, en particular del artículo 42.1 del mismo, cuyo tenor es el siguiente:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional”.

Ahora bien, se debe destacar que, a nivel del derecho internacional público, con excepción de las normas de *ius cogens*, no existe jerarquía de normas, ya que estas se inscriben en el marco de un sistema jurídico de carácter horizontal, en el cual no hay ni prelación de normas ni de fuentes del derecho, sin que exista una graduación valorativa ni una preferencia entre ellas, y se debe considerar que “un incumplimiento por parte del Estado no es excusable frente al riesgo de incumplir con otra obligación: si el Estado decide asumir voluntariamente dos obligaciones, debe cumplir con ambas” (Echaide, 2017 p. 97-98).

Esta realidad puede entrañar dificultades en términos de procurar una armonización normativa, pues por una parte podrían encontrarse las obligaciones erga omnes, que obligan a la comunidad jurídica internacional en su conjunto y que incluyen obligaciones en materia de protección de los derechos humanos, y por otra parte tenemos las normas relativas a la protección de inversiones extranjeras, que responden a una lógica sinalagmática en el marco de un AII. En ese sentido, aunque no necesariamente la protección de estas afecte obligaciones erga omnes como los derechos humanos, sí hay ciertas áreas que por las obligaciones o sectores que involucran se vinculan directamente

con este ámbito o que, “en palabras de los laudos del CIADI de Aguas Argentinas y¹³ Aguas Provinciales de Santa Fe sobre el amicus curiae presentado podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos” (Echaide, 2017 p. 101).

En esta línea, en lo relativo al diálogo entre el derecho internacional de las inversiones y el de los derechos humanos, en vía jurisprudencial se ha encontrado que los tribunales arbitrales CIADI están más dispuestos a considerar derechos humanos relativos al debido proceso, con la clara excepción del derecho sustancial a la propiedad. En consecuencia, otros derechos como el derecho al agua son más difícilmente susceptibles de ser considerados por aquellos en términos sustanciales (Kube & Petersmann, 2016 p. 2). Sin embargo, un punto fundamental es destacar que esta interacción exista.

En ese sentido, los casos relativos al derecho al agua que se han llevado ante el CIADI muestran diversas posibilidades donde los Estados han apuntado a justificar en base a dicho derecho el tratamiento dado a la inversión extranjera, específicamente en lo atinente al TJE, el cual es motivo de estudio en el segundo capítulo de esta investigación. Por ahora vale decir que la mayoría de casos que se han presentado tienen que ver con la privatización del servicio público de agua y saneamiento y aspectos vinculados a los conflictos que surgieron de las medidas adoptadas por los Estados.

A continuación, se van a presentar las fuentes de derecho aplicable en los arbitrajes CIADI, las cuales permiten establecer la comunicación entre estos dos regímenes de derecho internacional, y de igual manera se van a mencionar algunos ejemplos concretos de cada uno.

1.1.1. Derecho internacional.

Este capítulo partirá por presentar el marco normativo general del derecho internacional en materia de derechos humanos aplicable a los Estados, para luego seguir con instrumentos internacionales, en su mayoría de *soft law*, relativos a la responsabilidad social corporativa, y finalmente las aproximaciones, directas o indirectas, que se encuentran o pueden existir en materia del derecho al agua dentro de los AIIs, ya sea a nivel del preámbulo o de otras disposiciones del tratado, en la perspectiva de lograr ver el panorama actual y las posibilidades de invocar en arbitrajes CIADI argumentos

relativos al derecho al agua en defensa del Estado respecto de una eventual violación¹⁴ del TJE.

Así las cosas, en primer lugar, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en el Comentario General Número 15 referido al artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, afirma que “el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (CESCR, 2002 p.1).

El citado documento establece también que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, y lo encuadra dentro del referido artículo 11, relativo al nivel de vida adecuado, así como dentro de las obligaciones inmediatas de los Estados, a fin de garantizar que sea ejercido sin discriminación y se tomen medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización de este derecho, ligadas a las obligaciones de respetar, proteger y cumplir.

De igual manera, el 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente que el derecho humano al agua y al saneamiento es esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Además, exhortó a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y cooperación internacionales para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento (Asamblea General ONU, 2010 p.3).

Además, en la edición de actualización estadística 2018 de Índices e indicadores de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, se considera la proporción de la población que utiliza fuentes de agua potable mejoradas y la proporción de la población que utiliza instalaciones de saneamiento mejoradas como indicadores sobre la calidad del nivel de vida. De igual manera, dentro de los indicadores de sostenibilidad ambiental se encuentran las extracciones de agua dulce, mientras que la

contaminación doméstica y ambiental, y los servicios de agua, saneamiento e higiene¹⁵ inseguros son considerados como indicadores de amenazas ambientales (United Nations, 2018 p. 30).

Por otra parte, en el numeral 33 de la Observación general No 15 citada anteriormente, se incluye la obligación de cada Estado de tomar medidas para impedir que sus propios ciudadanos y empresas violen el derecho al agua potable de las personas y comunidades de otros países, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable.

Aunado a esto, se encuentra otra serie de instrumentos internacionales donde el derecho al agua se ha reconocido. Tal es el caso de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, entre otros.

En vista de lo comentado hasta el momento, en primer lugar, debe aclararse que a la luz del derecho internacional existen obligaciones referentes al derecho al agua fundamentalmente bajo responsabilidad de los Estados, pero no así sobre las corporaciones o empresas multinacionales, siendo estas parte fundamental y mayoritaria de la categoría de inversionistas en el contexto del derecho internacional de las inversiones, lo que puede generar dificultades a la hora de elevar argumentos relativos a las obligaciones de estas frente a un tribunal arbitral CIADI.

Sin embargo, algunos tratados sobre derechos humanos generan en los Estados no solo la obligación de no atentar contra aquellos, sino que también imponen el deber de protección o diligencia debida para prevenir que personas privadas, incluidas las corporaciones, vulneren estos derechos (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 571). En ese sentido, debería apuntarse a establecer un marco jurídico que habilite a los tribunales CIADI a tomar en cuenta estas consideraciones a la hora de evaluar la eventual violación de los estándares de protección de la inversión, pues el Estado es el primer llamado a garantizar la protección de los derechos humanos.

Por otra parte, podría considerarse que existe un vínculo entre la responsabilidad social corporativa y los derechos humanos (Kube & Petersmann, 2016 p.4). Sin embargo, los pocos compromisos que recaen sobre los inversionistas en este ámbito son generalmente

dados por instrumentos de *soft law*, tales como códigos de conducta, políticas y¹⁶ directivas, expresadas mediante estándares relativos a la responsabilidad social corporativa, que, en la gran mayoría de los casos, son de cumplimiento voluntario, es decir, carecen de obligatoriedad para las empresas, en el sentido que no les son exigibles judicialmente, e inclusive, en ocasiones tampoco implican obligaciones para los Estados.

Algunos de estos instrumentos han sido dados por la ONU, como el denominado Global Compact (Pacto Mundial), establecido por la Secretaria General de dicha organización internacional en 2005; por iniciativas voluntarias intergubernamentales, como los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos de 2000 y la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva de 2002; o no gubernamentales, dentro de los que cabe citar los Principios globales de Sullivan de 1999 sobre la responsabilidad social de las empresas, y la mesa redonda de Caux de 1986 para las empresas.

De igual manera, se encuentran otras disposiciones de *soft law* como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011, y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo de 1977, las cuales se aplican tanto a Estados como a empresas multinacionales.

Por ello, se hace énfasis en que la mayoría de instrumentos internacionales especializados en materia del agua, congruentes con los derechos humanos, y que consagran el agua como un bien social, no proveen una aplicación directamente vinculante, o se trata también de instrumentos internacionales que pasan a tener un nivel de cumplimiento medianamente laxo (*soft law*). Esta situación puede dar lugar a serias contradicciones, en el sentido que frente a dicho marco concurre un bloque formado por un conjunto de normas internacionales y mecanismos jurídico-políticos de *hard law* en el que al agua se le da un tratamiento como un commodity más, una mercancía liberalizable y regulable por vía del mercado (Echaide, 2017 p. 86).

Sin embargo, el hecho que a nivel del derecho internacional general no existan normas vinculantes para las corporaciones en materia del derecho al agua no quiere decir que las mismas no puedan existir en un futuro, ni que a nivel del derecho especializado no se puedan concebir. Por ello, una de las vías para que los tribunales CIADI conozcan de

estos argumentos radica en la opción de referenciar como de obligatorio cumplimiento¹⁷ en el articulado de los AII los mencionados instrumentos internacionales sobre el respeto a los derechos humanos, especialmente lo concerniente al derecho al agua⁸, en particular, aquellos que han sido aceptados por la gran mayoría de Estados, así como también los que han sido adoptados por la mayoría de las corporaciones como principios rectores de conducta para sus actividades comerciales en el exterior (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 581, 588).

En cuanto a las referencias a los estándares de responsabilidad social corporativa, un ejemplo de ello lo constituye el preámbulo del tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá de 2008, en el cual los Estados propugnan “impulsar a las empresas que operen en sus territorios o que estén sujetas a su jurisdicción a que respeten los estándares y principios de responsabilidad social empresarial internacionalmente reconocidos y a que busquen mejores prácticas”, con lo cual, aunque no se establezca formalmente una obligación (“impulsar” en el texto en español/ “should” en el texto en inglés), se genera un compromiso en términos de exhortar a las empresas a cumplir con los estándares y prácticas de responsabilidad social corporativa de mayor aceptación.

De igual manera, el artículo 816 del referido instrumento, referente a la responsabilidad social corporativa, señala que:

Cada Parte alentará a las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción a que incorporen voluntariamente estándares internacionalmente reconocidos de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean respaldadas por las Partes. Estos principios abordan asuntos tales como los derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la comunidad y la lucha contra la corrupción. Las Partes le recuerdan a dichas empresas la importancia de incorporar tales estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas (Colombia; Canadá, 2008).

⁸ Dentro de los que indudablemente deberían considerarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (PIDESC) (1966), del cual y según la interpretación de su artículo 11, emana el Comentario General Número 15 de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas referente a este derecho.

El problema principal de este tipo de instrumentos y compromisos es claramente la¹⁸ ausencia del poder de ejecución que deviene de su propia naturaleza, pues su aplicación depende enteramente de la voluntad de las empresas de incorporarlos en su operación, lo que lleva a concluir que en la actualidad no existen muchas normas u obligaciones de derecho internacional en materia de derechos humanos que vinculen directamente a las empresas inversionistas. Sin embargo, como se estableció anteriormente, esto no obsta para que dentro de los AII se puedan considerar disposiciones de este tipo con efecto vinculante.

Otra posibilidad para considerar la aplicación de normas del derecho internacional respecto de la actuación de las personas jurídicas se halla en las normas imperativas del derecho internacional o normas de *ius cogens*, las cuales pueden estar contenidas en normas de derecho internacional consuetudinario y tienen como nota singular que no pueden ser vulneradas por ningún sujeto que ejerza derechos y/o obligaciones conforme al derecho internacional sin que esto acarree responsabilidad. A su vez, esta primacía incondicional se pone en evidencia a propósito de la nulidad que se genera para los tratados que estén en conflicto con una norma de *ius cogens*, de conformidad con los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969. (Nowrot, 2014 p. 625).

Así fue señalado por el tribunal arbitral del caso Phoenix Action, Ltd. v. República Checa: “Para tomar un ejemplo extremo, nadie sugeriría que se debe otorgar protección a las inversiones hechas en violación de las reglas más fundamentales de protección de los derechos humanos, como las inversiones realizadas en tortura o genocidio o en apoyo de la esclavitud o el tráfico de órganos humanos”, y del caso EDF International S.A. v. Argentina que estableció: "Es un punto común que el Tribunal debe ser sensible a las normas internacionales de *jus cogens*, incluidos los principios básicos de los derechos humanos" (Nowrot, 2014 p. 625).

A este respecto, se debe tener en cuenta que, si bien las normas de *ius cogens* son muy limitadas y no incluyen todos los derechos humanos, constituyen un elemento muy importante en el contexto del diálogo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones, toda vez que el reconocimiento de un orden internacional aplicable a la regulación de las inversiones que no se encuentra limitado al espectro del AII es un primer paso para que los tribunales tengan una mirada

más holística de las diversas obligaciones que recaen en los Estados y las limitaciones¹⁹ que se pueden plantear a las mismas.

En conclusión, nada impide que en el futuro los Estados impongan obligaciones directas sobre derechos humanos a las corporaciones en los tratados que celebren. Por el momento, aunque muy limitados en número y posiblemente en efectividad, existen AIIs que contienen más bien referencias a los derechos humanos en general, y, como consecuencia, al derecho al agua y el espacio regulador, las cuales pueden contemplarse en el preámbulo e incluso en el articulado, sobre los que se van a hacer algunas precisiones y citar ejemplos en las siguientes líneas.

Al respecto, uno de los más notables intentos es el modelo de TBI de 2015 de Noruega, cuyo preámbulo invoca el deseo de mejorar los estándares de vida, enfatiza la importancia de la responsabilidad social corporativa, reafirma el compromiso de las Partes con la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, incluidos los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos (Kingdom of Norway, 2015 p. 1-2).

De la misma manera, dicho modelo contempla en su artículo 6 que los párrafos sobre expropiación indirecta no se aplican a medidas adoptadas para proteger el interés público y los derechos humanos. Asimismo, el artículo 11 establece que no es apropiado fomentar la inversión relajando las medidas de derechos humanos, ni renunciar o derogar de otra manera, ni ofrecerlo como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión de un inversionista, y que en caso que una Parte considere que la otra Parte ha ofrecido tal estímulo, puede solicitar consultas. Igualmente, el artículo 12 precisa que el derecho a regular comprende materia de derechos humanos y el artículo 24 contempla excepciones generales para mantener el orden público, proteger la vida humana o la salud y garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones que no son incompatibles con dicho acuerdo (Kingdom of Norway, 2015 p. 10-13, 25).

Otras aproximaciones que siguen vigentes hasta el momento son el TLC entre la Asociación Europea de libre comercio y Singapur de 2002 que, de igual manera, contempla en el preámbulo el compromiso con los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por su parte, el

preámbulo del Tratado entre Uruguay y Estados Unidos de América relativo a la²⁰ Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 2005 establece el deseo de alcanzar los objetivos del tratado de manera consistente con la protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente, y la promoción de la protección del consumidor y los derechos laborales reconocidos internacionalmente (Uruguay; Estados Unidos, 2005).

Por otro lado, existen AIIs que incluyen disposiciones donde se pone énfasis en la autonomía regulatoria de los Estados vinculado con la promoción y protección de los intereses públicos. Ello se puede evidenciar, por ejemplo, en el preámbulo del Acuerdo de Libre Comercio entre China y Nueva Zelanda de 2008 que manifiesta el respeto por el derecho de sus gobiernos a regular para cumplir con los objetivos de las políticas nacionales, y preservar su flexibilidad para salvaguardar el bienestar público (Nowrot, 2014 p. 630).

Ante este escenario, es preciso señalar que el preámbulo es relevante a los efectos que los árbitros puedan identificar consideraciones vinculadas con el objeto y el fin del tratado, incidiendo en la interpretación de las otras disposiciones del AII, sin que ello implique la creación de obligaciones sustanciales (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014). Por este motivo, se considera que quizá podría resultar más efectivo incluir disposiciones dentro del articulado, o en ambos, así como se evidencia en el modelo noruego, en el que se incluyen disposiciones tanto en el preámbulo como en los artículos.

De manera alternativa, Estados Unidos ha incluido disposiciones relevantes en su modelo de TBI 2012, al señalar, en su artículo 12, que es inapropiado promover la inversión extranjera debilitando o disminuyendo las obligaciones nacionales relativas a medidas ambientales⁹ (United States, 2012). Canadá, por su parte, en el modelo de TBI de 2004, contempla como excepciones generales las medidas encaminadas a proteger la vida o salud humana, garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones que no sean

⁹ El numeral 4 de dicho artículo expresamente señala que: Para los fines de este Artículo, “ley ambiental” significa los estatutos o reglamentos de cada Parte, o sus disposiciones, cuyo objetivo principal es la protección del medio ambiente, o la prevención de un peligro para la salud o vida humana, animal o vegetal, a través de:

(a) prevención, reducción o control de la emisión, descarga o emisión de contaminantes o contaminantes ambientales;

(b) control de productos químicos, sustancias, materiales y desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ellos; (...) [traducción propia]

inconsistentes con las disposiciones del acuerdo o para la conservación de recursos²¹ naturales agotables vivos o no vivos, mientras que el artículo 11 señala que las Partes reconocen que no es apropiado fomentar la inversión relajando las medidas de salud, seguridad o medioambientales (Canada, 2004). Con lo cual, a pesar de que no se trata explícitamente de obligaciones sobre derechos humanos, ni sobre el derecho humano al agua en específico, se abre la puerta a que los argumentos no económicos lleguen a ser admitidos por un tribunal CIADI.

Otra base o fuente de obligaciones en el derecho internacional de las inversiones que puede servir para que los Estados interpongan argumentos sobre el derecho al agua como defensa es la inclusión de cláusulas referidas a eventuales conflictos de normas con tratados en materia de derechos humanos, estableciendo que, en caso de conflicto con el AII, prevalezcan los primeros. En la actualidad no existen AIIs que instauren dicha disposición; sin embargo, y aunque referido exclusivamente al caso de conflicto de normas con tratados en materia medioambiental, resulta relevante el artículo 104 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)¹⁰, motivo por el cual se podría creer que de la misma manera podría ocurrir con tratados sobre derechos humanos.

Por otra parte, existen AIIs que incluyen artículos en su parte dispositiva donde se pone énfasis en la autonomía regulatoria de los Estados vinculado con la promoción y protección de los intereses públicos (Nowrot, 2014 p. 629). En este sentido, el artículo

¹⁰ Artículo 104. Relación con tratados en materia ambiental y de conservación

1. En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en:
 - a. la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979;
 - b. el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, del 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990;
 - c. el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, del 22 de marzo de 1989 a su entrada en vigor para México, Canadá y Estados Unidos; o
 - d. los tratados señalados en el Anexo 104.1,estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del Tratado.
2. Las Partes podrán acordar por escrito la modificación del Anexo 104.1, para incluir en él cualquier enmienda a uno de los acuerdos a que se refiere el párrafo 1, y cualquier otro acuerdo en materia ambiental o de conservación.

Texto completo en http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap01.asp

8.9 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá de 2017 establece:

1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.
2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección (...)

Al mismo tiempo, lo que es más relevante para esta investigación, el artículo 1.9 del referido Acuerdo establece obligaciones referidas al agua de la siguiente manera:

1. Las Partes reconocen que el agua en su estado natural, incluida el agua de lagos, ríos, embalses, acuíferos y cuencas hidrográficas, no es una mercancía ni un producto. Por tanto, solo se aplicarán a dicha agua los capítulos Veintidós (Comercio y desarrollo sostenible) y veinticuatro (Comercio y medio ambiente).
2. Cada Parte tiene derecho a proteger y preservar sus recursos hídricos naturales. Ninguna disposición del presente Acuerdo obligará a una Parte a permitir el uso comercial de agua para cualquier fin, lo que incluye su retirada, extracción o desvío para su exportación a granel.
3. Si una Parte permite la utilización comercial de un manantial concreto, deberá hacerlo de forma coherente con el presente Acuerdo (Canadá; Unión Europea, 2017).

Con lo cual se da un notable avance en materia de obligaciones referidas al agua, puesto que se trata de una disposición con carácter transversal, que incluye el capítulo de inversiones. Además, el Anexo 8-E de dicho capítulo señala como declaración conjunta que:

Con respecto a los artículos 8.16, 9.8 (Denegación de ventajas) y 28.6 (Seguridad nacional), las Partes confirman su entendimiento de que entre las medidas «relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» se incluye la protección de los derechos humanos (Canadá; Unión Europea, 2017).

Con todo esto, y a pesar de que existan muy pocas referencias en los textos de los AII²³ concernientes a obligaciones sobre derechos humanos y específicamente al agua, con la notable y valiosa excepción del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá de 2017, nada impide en principio que los tribunales CIADI puedan tomar en consideración el espacio regulador de los Estados cuando interpretan estándares sustanciales de protección. Al mismo tiempo, se enfatiza en que la inclusión en AII de algunas de las alternativas descritas en esta sección permitiría a los árbitros contar con mayores elementos para realizar una interpretación equilibrada de los estándares de protección de la inversión extranjera que tome en cuenta las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y específicamente del agua.

1.1.2. Base contractual.

De una fuente contractual pueden derivarse obligaciones en cabeza de inversionistas extranjeros relacionadas directa o indirectamente con el derecho al agua, principalmente debido a que los Estados en repetidas ocasiones han celebrado contratos de concesión con aquellos para la prestación del servicio público de agua y saneamiento. Con el propósito de impetrar argumentos relativos a incumplimientos de tales obligaciones ante un tribunal arbitral CIADI, existen fundamentalmente dos vías, la primera bajo la figura de la cláusula paraguas, y la segunda como consecuencia de la amplia redacción de la cláusula sobre la ley aplicable de los AII.

El hecho de que los Estados deleguen labores que antes eran meramente gubernamentales y de su competencia exclusiva a inversionistas privados hace entendible que esto les traiga a los nuevos prestadores del servicio obligaciones y la potencial responsabilidad que deviene de su incumplimiento. A raíz de esto, una cantidad considerable de las 32 disputas inversionista- Estado que en el sector del agua se han dado al interior del CIADI¹¹ hasta el momento han surgido por motivo o con ocasión de dichos contratos, los cuales, además, son un instrumento jurídico en el que se establecen tanto derechos como obligaciones para Estados e inversionistas.

Por otra parte, cabe recalcar que el comentario general N° 15 del CESCR establece que:

¹¹ Cifra correspondiente al 28 de enero de 2019, según la página web del CIADI, ver más información en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/searchcases.aspx>

Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento (CESCR, 2002 p.9 #24).

Ello resulta relevante a efectos de contemplar obligaciones dirigidas al inversionista extranjero dentro de los contratos de concesión, incluyendo las relativas al costo, estabilidad de precios, acceso igualitario tanto al servicio como a fuentes alternativas de agua y prestación del servicio de forma continua y con parámetros de calidad y cantidad preestablecidos. Asimismo, es importante considerar aspectos relacionados a los procedimientos y facultades respecto a posibles medidas de emergencia, al espacio regulatorio y la intervención del Estado en temas concernientes a la protección de intereses públicos, tales como la salud pública y el derecho al agua; así como a disposiciones relativas a la negociación, renegociación y rescisión del contrato y la obligación del monitoreo y control de la operación por parte del Estado, los derechos a la transparencia y participación pública, entre muchas otras cláusulas, que, de incorporarse en dichos instrumentos, facilitarían notablemente la labor de los árbitros e incrementarían las posibilidades de los Estados de amparar su posición en tales obligaciones.

Como se mencionó anteriormente, para que los argumentos relativos a estas obligaciones sean susceptibles de ser analizados por un tribunal CIADI, no basta con el mero incumplimiento de aquellas obligaciones, sino que es necesario que en el AII aplicable o bien exista una cláusula paraguas, o la disposición referente a la ley aplicable sea suficientemente amplia para que lo así lo permita. En el primero de los casos dicha cláusula generalmente establece que *“cada parte cumplirá con cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones”*, con lo cual podría sostenerse que la violación de las obligaciones contractuales implica la violación del acuerdo de inversiones (Kryvoi, 2011 p. 28).

Sin embargo, también vale precisar que la privatización del suministro de agua y²⁵ saneamiento a través de la inversión extranjera, sumado a la indeterminación del estatus legal del derecho humano al agua, posiblemente dificulta la búsqueda de soluciones adecuadas para la solución de controversias internacionales que surgen de la interacción entre los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones (Thielbörger, 2009 p. 487).

A pesar de lo anterior, y como se manifestó, se cree que, de existir un planteamiento favorable en los textos de los contratos como de los AII, estaríamos ante una vía idónea para imponer obligaciones relativas al agua, debido a que los contratos utilizados para desarrollar proyectos de inversión extranjera -principalmente en situaciones que tienen que ver con la provisión de un bien o servicio público, la explotación y el aprovechamiento de bienes de dominio del Estado y la realización de obras públicas- generan reglas para su formación, ejecución, cumplimiento y extinción, y tienen como objeto o finalidad, al menos para la administración pública, la satisfacción de un interés público. Asimismo, dependiendo de la redacción del AII aplicable, dichos contratos de concesión de servicios públicos, específicamente en el sector de agua y saneamiento, podrían ser considerados como inversión según los términos del instrumentos de protección a la inversión extranjera (García Castillo, 2008 p. 196).

Por otra parte, y debido a que la mayoría de las controversias ante el CIADI basadas en un tratado no tienen disposiciones como las mencionadas párrafos arriba, han existido situaciones en las que los Estados han sustentado su posición en base a la existencia de obligaciones contractuales, pero con el objetivo de atacar la competencia del tribunal. Así las cosas, en el caso *Azurix v. Argentina*, caso CIADI No ARB/01/12, el Estado argumentó, en primer lugar, que el tribunal arbitral carecía de competencia pues la controversia era de carácter contractual, y que la falta de cumplimiento de las obligaciones de la concesionaria había producido la rescisión del contrato, señalando que “no puede fundarse la responsabilidad internacional de un Estado disfrazando meras violaciones contractuales” (Caso CIADI N° ARB/01/12, 2006 p. 16).

Más allá de esta cuestión, el Estado argumentó que existía un conflicto entre sus obligaciones de proteger los derechos humanos de los consumidores y las derivadas del TBI celebrado con EE.UU., y que, ante esto, las primeras debían prevalecer; por su parte, el inversionista, *Azurix*, manifestó que los derechos de los usuarios estaban protegidos

por el contrato de concesión y que más allá de los señalamientos por parte del Estado²⁶ no se había probado como la rescisión del contrato afectaba tales derechos (Caso CIADI N° ARB/01/12, 2006 p. 100). A juicio del tribunal, Argentina no sustentó suficientemente este argumento, por lo cual señaló que no logró comprender la incompatibilidad invocada, pues los usuarios continuaron recibiendo los servicios sin interrupción por parte de la empresa durante los cinco meses siguientes a la notificación de la rescisión, y por parte de la nueva empresa provincial después de la transferencia del servicio (Fry, 2007 p. 100), de manera que el Estado falló en establecer la conexión sustancial entre las medidas adoptadas y la protección de la calidad del agua (Kube & Petersmann, 2016 p.11).

Asimismo, resulta relevante la posición del tribunal que conoció del caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra República Argentina, caso CIADI No ARB/97/3, en términos de haber considerado que, a pesar que el contrato de concesión que dio lugar a la disputa señalaba que a los efectos de la interpretación y aplicación del contrato las partes se sometían a la jurisdicción exclusiva de los tribunales en lo contencioso administrativo de la provincia de Tucumán, ello no constituía una renuncia de los derechos de los demandantes bajo el TBI entre Argentina y Francia (García Castillo, 2008 p. 248).

Otros de los casos más relevantes en este sentido es el de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina, caso CIADI No ARB/03/19, en el que el Estado concesionó el servicio de agua potable y saneamiento por 30 años, término que no se cumplió ya que, en el periodo de la crisis financiera de principios del 2001 de Argentina, los inversionistas se enfrentaron con el Gobierno por el congelamiento de la tarifa de los precios de agua que se cobraba a los consumidores. Los inversores argumentaron que tenían derecho por contrato a modificaciones de las tarifas en caso de inflación o devaluación de la moneda, para mantener el “equilibrio económico” del proyecto. El Estado se defendió argumentando que Aguas Argentinas (el inversionista) no había cumplido con sus obligaciones contractuales, incluso con respecto a la calidad del agua (Peterson, 2009 p. 27).

En este caso en particular el argumento fue más convincente, pues el Estado destacó la importancia y el riesgo potencial para el derecho al agua, el cual buscaba proteger mediante la congelación de las tarifas del servicio. Sin embargo, al interpretar el contenido de los derechos de los inversionistas el tribunal no discutió la argumentación

de los derechos humanos, aunque reconoció que la garantía de un suministro de agua²⁷ suficiente "era vital para la salud y el bienestar de 10 millones de personas", a pesar de lo cual concluyó que la adopción de medidas que violaban los derechos de los inversores no era el único medio disponible para garantizar este derecho, y que ambos derechos debían respetarse por igual (Kube & Petersmann, 2016 p.11).

Por todo esto, se cree que los contratos de concesión en la gestión de los servicios públicos otorgados a empresas privadas extranjeras deberían realizarse bajo ciertas condiciones, como ocurre con los contratos administrativos locales, en los cuales la administración retiene la titularidad del servicio y las potestades de policía para su buena prestación; la continuidad de la ejecución, que debe prevalecer sobre intereses particulares con el fin de que la prestación del servicio no se vea interrumpida bajo ninguna circunstancia; y la posibilidad de rescindir el contrato de manera unilateral. Todas estas condiciones deberían estar basadas a su vez en el interés público (García Castillo, 2008 p.198, 206- 207) y ser aplicables en tanto no sean arbitrarias ni discriminatorias, para que, de esta manera, se puedan hacer valer obligaciones contractuales en cabeza de los inversionistas ante un tribunal arbitral CIADI.

Otro de los casos en el que el Estado invocó derechos humanos en conexión con una crisis, con motivo de justificar la terminación de un contrato de concesión con una empresa prestadora del servicio de agua, es el de *Biwater Gauff v. Tanzania*. El Estado invocó los derechos humanos como justificación para rescindir el contrato con la empresa, alegando que esta había creado una amenaza real para la salud pública y el bienestar. Además, en este caso, Tanzania parece haber sido cauteloso con respecto a sus propias obligaciones sobre derechos humanos, al señalar que tenía una obligación moral y quizá incluso legal de actuar (Caso CIADI N° ARB/05/22, 2008 p. 126). Desafortunadamente, el tribunal rechazó la importancia del derecho al agua en su consideración sobre la legitimidad de la terminación del contrato, y basó su laudo en la falta de cumplimiento de los compromisos contractuales por parte del Estado (Kube & Petersmann, 2016 p.13).

A pesar de que los argumentos no hayan sido acogidos por el tribunal, estos casos dan algunas luces sobre la posibilidad que los tribunales CIADI tomen en consideración las obligaciones estipuladas a nivel contractual. En función a como estén reflejadas las obligaciones contractuales a las que nos hemos referido párrafos arriba y a como haya sido pactado el derecho aplicable a la controversia, se podría pensar que los tribunales

CIADI, en tanto sean competentes, podrían eventualmente tener aquellas en cuenta al²⁸ momento de decidir la cuestión de fondo de un asunto.

Por otra parte, también se debe considerar que en muchas ocasiones los Estados receptores de inversión adoptan medidas que afectan a la inversión extranjera como respuesta a las demandas de la población local (Perrone, 2014 p.4). El caso de aguas del Tunari v. Bolivia, caso CIADI No ARB/02/3 es un claro ejemplo de ello. En este caso, el sistema público de agua de Cochabamba fue privatizado y concesionado a un inversor extranjero, quien al poco tiempo aumentó las tarifas y restringió el acceso a otras fuentes de abastecimiento de este líquido vital. Debido a las continuas y serias protestas, el gobierno tuvo que terminar unilateralmente el contrato y por este motivo fue demandado ante el CIADI. El caso fue abandonado por la presión internacional que recibió (Kube & Petersmann, 2016 p. 13).

Con todo lo expuesto, se ha querido reflejar la oportunidad que representan los contratos de concesión para establecer obligaciones a los inversionistas en materia de la prestación del servicio al agua. Ello dependerá de la redacción de estos contratos. Asimismo, en el caso de arbitrajes basados en AIIs, será fundamental que las disposiciones de estos tratados, tanto a nivel del derecho aplicable como de eventuales cláusulas paraguas, permitan interponer argumentos relativos al incumplimiento de obligaciones contractuales ante un tribunal CIADI. En estos últimos casos, sin embargo, tomando en consideración la casuística trabajada en este acápite, prima facie se podría afirmar que la posibilidad que los Estados invoquen el incumplimiento de obligaciones contractuales relativas al derecho al agua no está exenta de limitaciones y dificultades.

1.1.3. Derecho interno.

A menudo, los TBI disponen que la legislación nacional del Estado receptor y el derecho internacional regulen las disputas entre el Estado y el inversionista (Kryvoi, 2011 p. 25), por lo cual es posible que medidas o normas de derecho interno resulten aplicables y sean consideradas por tribunales CIADI, ya sea en virtud de lo dispuesto en los AIIs, o por la remisión que a estas se haga en otros instrumentos aplicables al arbitraje internacional de inversiones, como es el caso del ya citado artículo 42 del convenio CIADI, que señala que, a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal aplicará la legislación del Estado que

sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado,²⁹ y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

En ese sentido, se van a estudiar dos aristas, por un lado, las normas nacionales que sirven para determinar la validez de la inversión y, por ende, su protección en virtud del AII, y, por otra parte, las disposiciones internas que imponen obligaciones constitucionales de protección a los derechos humanos que incluyen el derecho al agua, las cuales, bajo los supuestos enunciados en el párrafo precedente, podrían llegar a ser consideradas como parte de la ley aplicable en los dos casos mencionados, por disposición expresa en el AII o con fundamento en el art 42 del convenio CIADI.

Bajo el primer supuesto, existen cláusulas en algunos AIIs que califican a determinadas actividades económicas como inversión, siempre y cuando las mismas se hayan realizado de conformidad con el derecho interno. Por lo cual, es probable que, ante una eventual controversia entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, este último alegue dicha obligación con el propósito de que el tribunal niegue la protección a la inversión extranjera, cuando esta se realizó en violación de los derechos humanos consagrados en la legislación nacional.

Es decir, que la mala conducta de los inversionistas podría justificar que su actividad deja de considerarse como una inversión protegida por el AII, lo cual sucedería, por ejemplo, en el caso que la inversión se haya realizado en violación de los derechos humanos consagrados en la legislación local y, por lo tanto, no estaría incluida en el ámbito de una definición de inversión cubierta por este instrumento si el AII aplicable incluye la cláusula "de acuerdo con la ley local" (Kube & Petersmann, 2016 p. 10).

A título ilustrativo, en *Fraport AG v. Filipinas*, Caso del CIADI No. ARB/03/25, el tribunal rechazó la jurisdicción debido a que la inversión no se realizó de conformidad con las leyes del Estado anfitrión, toda vez que el TBI aplicable expresaba explícitamente que, para que este protegiera una inversión, la misma tenía que estar de acuerdo con la ley del Estado anfitrión. Por estos motivos, el tribunal arbitral manifestó que:

Fraport, a sabiendas e intencionalmente, eludió las leyes de Filipinas, en particular las de propiedad y control extranjeras conocidas como "la Ley Anti Dummy", a través de acuerdos secretos de los accionistas. Como consecuencia, no puede alegar haber realizado

una inversión "de conformidad con la ley" (...). Debido a que no existe una "inversión³⁰ conforme a la ley", el Tribunal carece de "jurisdicción *ratione materiae*" (Caso CIADI N° ARB/03/25, 2007 p. 189, 191).

De igual manera ocurrió en *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, donde el tribunal llegó a la conclusión que la inversión se realizó de manera fraudulenta y, por lo tanto, violando el principio de buena fe, por lo que no merecía la protección del TBI respectivo. En el laudo se indica que:

Al falsear los hechos, Inceysa violó el principio de buena fe, desde el momento en que hizo su inversión y, por ende, no la realizó de conformidad con la legislación salvadoreña. Ante esta situación este Tribunal no puede sino declarar su incompetencia para conocer del reclamo de Inceysa, pues su inversión no puede gozar de la protección del APPRI, por haberlo dispuesto así las partes en la etapa de negociación y en el otorgamiento de ese acuerdo (Caso CIADI N° ARB/03/26, 2006 p. 72).

En el mismo caso, el tribunal estableció que se puede afirmar que:

Un inversionista extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como sostiene la máxima jurídica, "nadie puede beneficiarse de su propio dolo" (Caso CIADI N° ARB/03/26, 2006 p. 73).

Ante los argumentos y casos estudiados anteriormente, por vía de analogía se podría afirmar que, si existen leyes nacionales de protección y regulación al derecho al agua a propósito de considerar como cubierta la inversión en el Estado receptor, sería factible suponer, ante una eventual controversia en el CIADI establecida con fundamento en un AII que incluya como requisito de inversión cubierta la conformidad con la legislación del Estado receptor, que el tribunal realizaría el estudio de la validez de la inversión de acuerdo a dicha legislación en aras de decidir si la inversión está o no protegida por el tratado invocado por el reclamante.

Por su parte, en el segundo supuesto se aplican las disposiciones internas que imponen obligaciones constitucionales de protección a los derechos humanos, dentro de los que se

encuentra el derecho al agua. Por lo cual, en estos casos, existe además una conexión³¹ entre el derecho interno y el derecho internacional, toda vez que los derechos fundamentales constitucionales encuentran un punto de coincidencia con el núcleo duro de los derechos humanos, reconocidos a nivel del derecho internacional general como aquellos respecto de los cuales no es posible plantear una suspensión en situaciones de emergencia.

En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, en su artículo 4, que los Estados podrán limitar los derechos garantizados en este únicamente en situaciones determinadas por ley y solo en la medida que esto sea compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. El artículo 5 señala, a su vez, que ninguna persona natural o jurídica puede interpretar las disposiciones del Pacto para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos por este, o a su limitación en mayor medida que la prevista en él, al mismo tiempo que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado (Naciones Unidas, 1976).

De igual manera ocurre con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual establece, en su artículo 27, que bajo ciertas circunstancias el Estado podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en esta, siempre que no sean incompatibles con el derecho internacional ni entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, con excepción de ciertos derechos¹². Además, el artículo 29 señala que ningún Estado o persona puede suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, ni por las leyes de cualquiera de los Estados

¹² Dicho artículo no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos de la Convención: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;³² finalmente, que las restricciones permitidas solo pueden ser aplicadas conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas (Organización de los Estados Americanos, 1969). Sin embargo, un elemento importante a tener en cuenta es que el denominado núcleo duro de los derechos humanos no incluye el derecho al agua.

Así las cosas, un ejemplo de un asunto llevado al CIADI en base a consideraciones de la legislación interna del Estado receptor de la inversión es el caso de SAUR International v. Argentina, Caso del CIADI No. ARB/04/4, donde el Estado demandado argumentó:

Que el régimen de protección de inversiones diseñado en el APRI no desplaza las obligaciones asumidas por la Argentina en tratados de derechos humanos, obligaciones que en el sistema jurídico argentino gozan incluso de jerarquía constitucional. Por ello, la Demandada propone que las obligaciones que emanan del APRI deben interpretarse en armonía con las normas de protección de los derechos humanos, y en especial el derecho humano al agua. Argumenta que la actuación de las autoridades de la Provincia, interviniendo la Empresa Concesionaria primero y rescindiendo la Concesión después, fue acorde con las obligaciones de garantizar derechos humanos básicos como es el suministro del agua. Una medida que tenga tal fin no puede considerarse injusta o expropiatoria, y sí más bien un ejercicio necesario del poder de policía y regulación. En resumen: la República limitó su actuación a adoptar medidas legítimas con el objeto de proteger a la población y asegurar sus derechos básicos (CASO CIADI N° ARB/04/4, 2012 p. 92).

Ante estos argumentos, SAUR manifestó al tribunal que las motivaciones de las autoridades son indiferentes y no pueden ni justificar las violaciones ni limitar las garantías ofrecidas por el Tratado, ante lo cual el tribunal aclaró que:

En realidad, los derechos humanos en general, y el derecho al agua en particular, constituyen una de las varias fuentes que el Tribunal deberá tomar en consideración para dirimir la disputa, pues esos derechos están integrados en el sistema jurídico argentino con rango constitucional, y además forman parte de los principios generales del Derecho internacional. El acceso a agua potable constituye, desde el punto de vista del Estado, un servicio público de primera necesidad, y desde la óptica del ciudadano un derecho fundamental. Por ello, en esta materia el ordenamiento jurídico puede y debe reservar a la Autoridad pública legítimas funciones de planificación, supervisión, policía, sanción,

intervención e incluso rescisión, en protección del interés general (CASO CIADI N°33 ARB/04/4, 2012 p. 92).

A pesar de esto, el tribunal finalmente concluyó que:

Estas prerrogativas son compatibles con los derechos de los inversores a recibir la protección ofrecida por el APRI. El derecho fundamental al agua y el derecho del inversionista a la protección ofrecida por el APRI, operan sobre planos diferentes: la empresa concesionaria de un servicio público de primera necesidad se halla en una situación de dependencia frente a la administración pública, que dispone de poderes especiales para garantizar el disfrute por la soberanía del derecho fundamental al agua; pero el ejercicio de esos poderes no es omnímodo, sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgados al inversor extranjero en virtud del APRI. Si los poderes públicos deciden expropiar la inversión, dar al inversor un trato injusto o inequitativo o negarle la protección o plena seguridad comprometidas, todo ello en violación del APRI, el inversor tendrá derecho a ser indemnizado en los términos que el Tratado le reconoce (CASO CIADI N° ARB/04/4, 2012 p.93).

En este punto el balance entre los derechos y obligaciones tanto del Estado como del inversionista sigue siendo difícil de encontrar, no necesariamente porque unos primen sobre otros, sino porque a la luz de un tribunal que dirime una controversia arbitral relativa a inversiones se debe encontrar interpretaciones plausibles respecto al sentido y alcance de los estándares de protección de la inversión extranjera sin desconocer la existencia de las obligaciones de los Estados en materia de protección de los derechos humanos, las cuales pueden adquirir mayor relevancia a través de las normas que rigen el derecho aplicable a una controversia.

1.2. La invocación de obligaciones internacionales en materia del derecho humano al agua a través de la integración sistémica en la interpretación de acuerdos internacionales de inversión.

Los AII, como todo tratado, han de interpretarse conforme a las reglas del derecho internacional general referidas a la interpretación de los tratados, las mismas que han sido codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En aquellos se establece lo siguiente:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado (...)

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (Naciones Unidas, 1969).

Dentro de las posibilidades que se dan a la luz de estas disposiciones, se encuentra el hecho de interpretar el AII a la luz del contexto, objeto y fin, los cuales se pueden encontrar desde el preámbulo del tratado, por lo cual, si es que en este existen disposiciones en torno a obligaciones al derecho al agua, bien podría sustentarse una línea argumentativa en ese sentido ante un tribunal CIADI. Sin embargo, una dificultad para invocar consideraciones en materia de derecho al agua utilizando estas reglas de interpretación es que, por lo general, el propio texto y contexto del AII ofrecen pocos elementos que puedan dar cabida a argumentos basados en la protección o en obligaciones relativas al derecho al agua en cabeza de los inversionistas, o que, pese a su inclusión, tales referencias tengan un tenor meramente exhortatorio.

En ese sentido, una posibilidad que puede resultar útil siguiendo las reglas de interpretación del derecho internacional general a la hora de introducir argumentos relacionados a los derechos humanos, entre ellos, el derecho al agua, es recurrir al artículo 31, numeral 3, literal c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que establece que “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: c)

toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las³⁵ partes”.

De conformidad con esta regla, también denominada como “integración sistémica”, los tribunales arbitrales de inversiones pueden recurrir a otras fuentes del derecho internacional como son los principios de derecho internacional, la costumbre internacional y otros tratados a efectos de interpretar las disposiciones del AII junto con lo que pueda derivarse de la interpretación conforme al texto y el contexto de este.

No obstante, es importante tener en cuenta que, mientras ciertos derechos humanos fundamentales existen como derecho internacional consuetudinario, como es el caso de la mayoría de las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, o son considerados inclusive como normas de *ius cogens*, como se postula en relación con el denominado núcleo duro de los derechos humanos, otros derechos, como los contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (PIDESC) de 1966, incluyendo el derecho al agua, no son considerados como parte del derecho internacional general. Sin embargo, el hecho que se considere que las obligaciones referidas al derecho al agua no tienen ese carácter, no obsta para que puedan ser tomadas en cuenta en la interpretación de un tratado cuando formen parte del derecho internacional convencional relevante entre las partes, lo que ocurriría, por ejemplo, a propósito de tratados que incluyan obligaciones en materia de derecho al agua.

La utilidad de recurrir a la integración sistémica se pone en evidencia en situaciones donde el estándar de protección está redactado en términos vagos y permite, por ende, un mayor margen para tomar en consideración otras normas relevantes del derecho internacional. Así, por ejemplo, siguiendo a Vid Prislán (2013) el tribunal arbitral en el asunto *ADF Group Inc. v. Estados Unidos* habría recurrido implícitamente a esta regla al señalar que una disposición general sobre la obligación de otorgar trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas debe ser interpretada considerando la práctica estatal, la jurisprudencia y las normas del derecho internacional general (p. 467). En ese sentido, resulta importante que determinados derechos humanos puedan ser considerados a través del principio de integración sistémica.

En consecuencia, a la luz del artículo 31, numeral 3, literal c de la Convención de Viena³⁶ sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un tribunal arbitral del CIADI podría tomar en consideración no solo el núcleo duro de derechos humanos protegidos a nivel del derecho internacional general, sino también, y de manera concreta, el derecho al agua, según pueda estar recogido este derecho en tratados y otras fuentes del derecho internacional aplicables al Estado demandado y esté vinculado con alguno de los aspectos de interés público.

De igual manera, tomando en consideración que la integración sistémica no es concebida como un criterio para la determinación del derecho aplicable, sino que corresponde a un ejercicio de interpretación de la propia norma que resulta de aplicación, es posible recurrir a esta regla, es decir, a la interpretación del AII conforme a otras normas del derecho internacional relevantes, aun cuando se haya acordado que el AII sea el único derecho aplicable en una controversia inversionista-Estado.

Además, la integración sistémica puede ser aplicable en situaciones donde el AII se refiere al derecho a regular o al poder de policía del Estado, pues este requiere tomar en consideración cuestiones relativas al interés público, así no estén expresamente estipuladas en el AII, cuando dichos aspectos tengan manifestación en otras normas de derecho internacional público aplicables a las partes del tratado. Esto se da en virtud de la disposición que establece que también se debe tener en cuenta “todas las normas relevantes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes”. Sin embargo, las partes del AII son los Estados y no el Estado y el inversionista, lo cual remite de nuevo a la pregunta relativa a si ciertos inversionistas privados como las empresas multinacionales están obligados a contribuir a la realización de objetivos de interés público tales como la protección de los derechos humanos (Nowrot, 2014 p. 626).

Ejemplo de esto último es el ya citado artículo 8.9 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá de 2017, que establece que las Partes reafirman su derecho a regular para alcanzar objetivos políticos legítimos (salud pública, seguridad, medio ambiente, moral pública, protección social o de los consumidores), o la promoción y la protección de la diversidad cultural con sujeción a determinadas condiciones.

Finalmente, la posibilidad de incorporar argumentos relacionados directa o indirectamente con el derecho al agua cobra un sentido importante a la luz de la

integración sistémica, pues a pesar que se podría decir que los tribunales arbitrales son³⁷ un poco reacios a la hora de tomar en consideración otras áreas del derecho internacional público, fue a la luz del Artículo 31.3.C de la C.V.D.T que expresamente se enfatizó que "los AII's no pueden leerse e interpretarse de manera aislada del derecho internacional público y sus principios generales" (Caso CIADI N° ARB/06/5, 2009 p. 30).

La creciente importancia práctica de este enfoque interpretativo en el ámbito de la solución de controversias sobre inversiones se ilustra por el hecho que algunos tribunales de arbitraje¹³ tienen en consideración las garantías provenientes de los tratados de derechos humanos, así como la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en su interpretación de las normas de protección sustantivas en virtud de los AII's, y por declaraciones de la practica arbitral que indican que, al menos en principio, se tienen en cuenta las obligaciones del Estado receptor en otras áreas del derecho internacional público cuando, en la interpretación de las disposiciones del AII, se busca lograr un equilibrio adecuado entre los intereses económicos legalmente protegidos del inversionista y los derechos humanos (Nowrot, 2014 p. 627-628).

¹³ Ver *Mondev International Ltd. v. USA*. Caso del CIADI No. ARB (AF) / 99/2, laudo, 11 de octubre de 2002, párr. 141 y siguientes; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, Caso del CIADI No. ARB (AF) / 00/2, laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 116 y siguientes; *Azurix Corp. v. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB / 01/12, Adjudicación, 14 de julio de 2006, párr. 311 y siguientes; *Saipem SpA v. Bangladesh*, Caso del CIADI No. ARB / 05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, párr. 130 y 132

Capítulo 2. La invocación del derecho humano al agua en demandas arbitrales basadas en el estándar de trato justo y equitativo (TJE)

Como quedó demostrado en el primer capítulo, son pocas las formas de vincular obligaciones relativas a derechos humanos en arbitrajes CIADI. A este respecto, una de las opciones a considerar se da cuando el inversionista reclama compensación alegando la violación del estándar de TJE por parte del Estado receptor, y este último pretende justificar su conducta de acuerdo con las obligaciones que le competen en razón a los tratados sobre derechos humanos que ha celebrado (Dumberry & Dumas-Aubin, 2012 p. 360), o alegando la vulneración de estos por parte del inversionista.

En los casos en los que la reclamación del TJE se relaciona de alguna forma con obligaciones o violaciones sobre derechos humanos, resulta indispensable considerar en primera instancia lo relativo a la competencia del tribunal arbitral para pronunciarse sobre dichos aspectos. Ello resulta fundamental pues, de existir una extralimitación manifiesta en las facultades del tribunal, podría plantearse eventualmente la anulación del laudo, de conformidad con el Artículo 52, literal (b) del Convenio CIADI. En este caso, la extralimitación manifiesta de facultades podría generarse al determinarse que el tribunal no tenía jurisdicción en función a la materia para pronunciarse sobre obligaciones en materia de derechos humanos.

Es primordial dilucidar, a tal efecto, si los árbitros pueden aplicar normas o escuchar reclamaciones concernientes a derechos humanos que tengan alguna incidencia o relación con el derecho aplicable a la controversia, sin extralimitarse en su función, que es resolver disputas relativas a inversiones. Al respecto, si se ha acordado la aplicación del derecho internacional, se espera que los tribunales internacionales apliquen inclusive el derecho internacional general, lo cual puede comprender aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos. Sin embargo, para vincularlos desde la perspectiva convencional, hay que tomar en cuenta que muy pocos AII's contemplan referencias a derechos humanos, y solo algunas cláusulas de TJE se refieren al derecho internacional, en el cual se incluyen normas consuetudinarias relativas a derechos humanos (Knoll-Tudor, 2009 p. 336-337).

En ese sentido, a lo largo del presente capítulo se van a estudiar algunos casos en los que se ha evidenciado la necesidad de considerar tanto las obligaciones que el Estado receptor

tiene con los inversionistas extranjeros, como las que tiene con sus nacionales, en virtud³⁹ de la promoción y protección de los derechos humanos. A pesar de que la problemática de compaginar ambos planos no ha sido interpuesta de manera directa, ni de la misma forma en todas las ocasiones, lo notable es que el tema está dado, y los tribunales arbitrales de inversiones son cada día más propensos a enfrentar argumentos de este tipo en las respuestas por parte de los Estados.

La labor de los tribunales que se enfrentan a estas situaciones es bastante compleja, debido a que en el régimen del derecho internacional de inversiones una de las tareas principales que tienen los árbitros es la de interpretar el contenido de los estándares de protección que, por definición, tienen una formulación en términos vagos e imprecisos (Perrone, 2014 p. 11). Ello, aunado a la variedad de campos en los que se puede realizar una inversión, hace difícil considerar de manera uniforme la interrelación del derecho de la inversión extranjera con otras ramas del derecho internacional, teniendo en cuenta que muchas veces el establecimiento, la operación y la terminación de la inversión implican obligaciones transversales con otras materias, como los derechos humanos.

De esta relación, naturalmente se pueden generar colisiones entre ámbitos jurídicos que evidencian algunos intereses contrapuestos, así como sucede en el caso del agua, donde existe, por una parte, un bloque que comprende “instrumentos jurídicos internacionales en vigor y que tratan al agua como un bien social, cuyo acceso debe ser garantizado como un derecho humano”, y, por otra, un bloque formado por un “conjunto de normas internacionales y mecanismos jurídico-políticos que consideran el agua como un commodity más, una mercancía liberalizable y regulable por vía del mercado” (Echaide, 2017 p. 86).

Por otro lado, en lo que respecta a los mencionados estándares de protección que se encuentran en el derecho internacional de inversiones, uno de los más controvertidos y recurridos en arbitrajes inversionista-Estado es el TJE, el cual genera dudas en torno a su interpretación, contenido y a la aplicación de excepciones basadas en intereses públicos, incluyendo aspectos vinculados a los derechos humanos. A pesar de ello, en repetidas ocasiones los tribunales no han otorgado relevancia al propósito del Estado tras su accionar (Kube & Petersmann, 2016 p. 24).

Por este motivo, se considera que por ahora esta relación entre el régimen internacional⁴⁰ de las inversiones y el de los derechos humanos se maneja dentro de un ámbito restrictivo, pues hasta el momento no existe una visión convergente entre estas áreas del derecho internacional. Tampoco se han intentado desarrollar normas relativas a esta relación, y la jurisprudencia que existe al respecto aún se encuentra en una etapa muy incipiente (Echaide, 2017 p. 86). Tampoco es claro hasta donde debe o puede llegar esta interrelación debido a la especificidad del objeto y fin de cada uno de estos regímenes y los intereses que cada uno protege, que en esta investigación se delimitan en torno a la protección del TJE y las defensas que en virtud del derecho al agua puedan emanar.

Así las cosas, dentro de los casos en los que se ha invocado la violación de este estándar y en los que, a su vez, los Estados han alegado justificaciones a su actuar en materia del derecho al agua, se encuentran: *Azurix v. Argentina*, *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia*, *Suez y Vivendi v. Argentina*, *Biwater Gauff v. Tanzania* y *Aguas del Aconquija S.A. v. Argentina*. A su vez, entre los casos que permiten esbozar la relación en general entre los derechos humanos y el derecho de inversiones, incluyendo el TJE, se encuentran *Hamester v. Ghana*, *Total S.A. v. Argentina*, *Phoenix Action v. República Checa*, *Continental Casualty v. Argentina*, *Saba Fakes v. Turkey*, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, entre otros.

Estos casos demuestran que la forma en la que se vinculan el derecho al agua con el TJE específicamente, más allá de ser una reflexión académica o meramente hipotética, constituye una práctica real a la que cada vez se enfrentan más los tribunales arbitrales CIADI, con lo cual se da otro tipo de acercamiento entre la controversial y debatida relación entre los regímenes del derecho internacional de las inversiones y el de los derechos humanos (Knoll-Tudor, 2009 p.310). Esta correlación en la casuística permite dar una aproximación más tangible de la interacción entre estas áreas, y, aun con las particularidades de cada caso, un mejor margen de apreciación sobre las tendencias y potenciales desarrollos del derecho internacional de las inversiones.

Preliminarmente, se puede decir que la jurisprudencia señalada pareciera indicar que los tribunales arbitrales son más propensos a considerar la importancia de derechos humanos como el debido proceso, posiblemente en razón a que ambos regímenes presentan similitudes en cuanto a las normas procesales de imparcialidad, caso contrario de lo que ocurre respecto de los derechos sustantivos, pues no hay necesariamente una integración

de estos, a excepción del derecho de propiedad. En el caso del derecho al agua, por⁴¹ ejemplo, cuando es invocado como un aspecto en colisión con la protección del inversionista, por lo general, se le ha restado importancia tanto a nivel de la determinación de la jurisdicción, como en el fondo del asunto (Kube & Petersmann, 2016 p.19).

Esta situación, en la que se yuxtaponen los derechos otorgados a inversionistas extranjeros con obligaciones sobre derechos humanos, se refleja especialmente en el sector de los servicios de agua potable y saneamiento, donde se debe tener en consideración al agua como un derecho humano vinculado con fuentes de derecho internacional como el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Ello implica para los Estados una obligación mínima de implementar tales derechos progresivamente, utilizando el máximo de sus recursos disponibles, y, a su vez, el deber de asegurar que a quienes se les confíe el suministro de agua no se les permita comprometer o afectar “el acceso físico, en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables” (CESCR, 2002 p.9 #24).

Este contexto se presenta debido a que los Estados son cada vez más propensos a delegar a inversionistas privados labores que antes eran meramente gubernamentales, como es el caso de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que en alguna época solían ser de su competencia exclusiva, por lo cual se hace entendible que dichas atribuciones que pasaron de ser suministradas por el sector público al sector privado puedan traer aparejada la responsabilidad de los inversionistas. Ello implica también que si la protección de los derechos humanos se encontraba dentro de la órbita de responsabilidades exclusivas del Estado, la potencial responsabilidad de los inversionistas puede ser creada o expandida en virtud a esta nueva circunstancia (Knoll-Tudor, 2009 p. 335).

Entre la mayoría de demandas que se relacionan con el sector de agua potable y saneamiento, donde se enfrentan los derechos económicos otorgados a los inversionistas con las obligaciones de promoción y protección del derecho al agua, Argentina ha sido el país más demandado ante el CIADI, debido a la crisis financiera de 2001-2002, en casos que han sido de gran conflictividad social y que evidencian la pugna entre el rol del Estado como regulador frente a la protección de las empresas transnacionales (ETN), resaltando la asimetría jurídica que favorece a los segundos sobre el derecho al agua (Echaide, 2017 p.82).

Muchos de los casos mencionados párrafos arriba, como Suez y Vivendi v. Argentina, enfrentaron a los tribunales CIADI a este desafío, pues los Estados invocaron argumentos de derechos humanos, dándole la responsabilidad a los árbitros de tratarlos y considerar su pertinencia en cada caso. En ese sentido, por una parte, los inversionistas reclaman protección y margen de acción para mantener el equilibrio económico de sus proyectos, y por otra, los Estados, en aras de proteger el derecho al agua, plantean la necesidad de interpretar las obligaciones de los AII en un contexto que no afecte el cumplimiento de otras obligaciones internacionales, o solicitan que se considere la conducta del inversionista antes de otorgar protección bajo el estándar de TJE (Peterson, 2009 p. 26-27).

En el citado caso, el tribunal le dio poco alcance a los argumentos del Estado según los cuales las acciones que ejecutó y que afectaban a los inversionistas extranjeros se debieron a que este evaluó y consideró como una prioridad asegurar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento a su población, de forma continua y en calidades y cantidades acordes con los estándares de dignidad que Argentina se había comprometido en virtud de distintos tratados sobre derechos humanos (Echaide, 2017 p.97). Por su parte, en el asunto Vivendi v. Argentina II, el tribunal aceptó la idea que un nuevo gobierno pudiera cambiar la perspectiva política de su predecesor respecto a los términos de la concesión siempre y cuando esto fuera realizado mediante una renegociación contractual transparente y no coercitiva, ni bajo amenazas de rescisión del contrato (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 75).

En el caso Azurix v. Argentina, el contrato de concesión de los servicios de agua y saneamiento generó problemas sobre la calidad y la presión del agua. Debido a que la redacción del AII respecto del derecho aplicable contemplaba la frase “con relación al derecho internacional” se solicitó considerar los argumentos del Estado argentino, según los cuales las medidas tomadas, advertencias a la población sobre la contaminación, minimización del consumo e incluso alusión a no pagar los recibos del servicio público obedecían a la protección de intereses públicos como la salud pública y el derecho al agua, ante lo cual el tribunal se pronunció afirmando la relevancia de obligaciones emanadas de otros tratados que no fueran relativos a inversiones, pese a lo cual manifestó que si bien los gobiernos deben vigilar y proteger la salud pública, las declaraciones y acciones

emprendidas por el Estado habían empeorado la situación en lugar de ayudar a⁴³ resolverla (Knoll-Tudor, 2009 p. 340).

Por su parte, el asunto *Compañía Aguas de Aconquija v. Argentina* está referido a la violación del derecho al agua no desde una crisis, como su escasez o contaminación, sino en el contexto de la negociación del contrato de concesión, en el que no se aseguraron ni la estabilidad de los precios ni la calidad del agua, obligación impuesta de acuerdo al comentario general N° 15 del CESCR anteriormente citado. Finalmente, en el caso *Aguas del Tunari v. Bolivia*, la privatización del servicio de agua llevó al aumento promedio del 35% de las tarifas semanas después de la celebración del contrato de concesión, lo cual generó masivas protestas de la comunidad local e internacional, motivo por el cual terminaron tanto la concesión como el arbitraje CIADI sin que el tribunal llegara a resolver sobre el fondo del asunto. Sin embargo, referente a las obligaciones del derecho al agua se encontraban las relativas al precio y el acceso a fuentes alternativas de agua (Thielbörger, 2009 p. 495, 501-502).

Lo anterior conlleva dos maneras de ver la situación, una esperanzadora, que indica que los tribunales abordan la relación de los derechos humanos con el régimen de inversiones, especialmente cuando los Estados los invocan en los casos en los que el inversionista alega violación al TJE, pues dentro de sus componentes figuran la justicia y la equidad; y, por otra parte, una posición que sostiene que no existen ejemplos donde un tribunal se haya basado en aquella relación como factor determinante para decidir una reclamación, e inclusive casos en los que, a pesar de la invocación de estos derechos, el tribunal no los consideró y/o no los mencionó en el laudo (Fry, 2007 p. 94) por centrarse en el efecto de las medidas estatales sin tomar en cuenta el objetivo o la causa de estas.

De otro lado, también es claro que los Estados como sujetos de derecho internacional, dotados de soberanía dentro de sus características constitutivas, deben cumplir con las obligaciones a las que voluntariamente se han sometido, por lo cual, las asumidas en el caso del agua potable y saneamiento no desvinculan la responsabilidad del Estado, ni la protección otorgada a los inversionistas mediante los diferentes AII, pues incluso ante el incumplimiento de las obligaciones del inversionista, esto no implica que se legitime automáticamente al Estado para incumplir sus obligaciones con aquellos. Al respecto, en algunos laudos del CIADI se ha establecido que a pesar de que hayan existido incumplimientos contractuales por parte de las empresas, y que basado en ello se hayan

terminado las concesiones en un plazo mucho menor al acordado, en la mayoría de⁴⁴ casos esto no obstó para que se configurará la responsabilidad internacional del Estado por la violación del TBI (Echaide, 2017 p. 105).

Además, debe entenderse que, debido a los grados de especialización cada vez mayores en las distintas ramas del derecho internacional, no es común encontrar árbitros de inversiones que tengan un fuerte bagaje en materia de derechos humanos. La rápida evolución en ambas áreas conlleva además que existan normas cuyo contenido no está claramente delimitado, motivo por el cual estándares como el TJE aun permiten un gran margen de apreciación por parte de los tribunales arbitrales (Knoll-Tudor, 2009 p. 337-338).

Teniendo en cuenta estos argumentos, la presente investigación parte de una hipótesis que permite identificar la interconexión y complementariedad entre el derecho internacional de las inversiones y el de los derechos humanos, bajo ciertos parámetros y en determinadas condiciones, según los cuales algunas obligaciones en materia de derechos humanos que se encuentran en distintas fuentes del derecho aplicable a arbitrajes CIADI pueden tener una incidencia directa de cara a determinar que no se ha producido la violación del TJE, o, en su defecto, en el supuesto de haberse determinado tal violación, ser usadas para reducir la compensación.

A este respecto, sobre las consideraciones relativas al TJE en virtud de los derechos humanos, existen dos supuestos principales: por un lado, que el Estado justifique el comportamiento con el que vulneró el TJE debido a la necesidad de respetar las obligaciones en materia de derechos humanos, es decir, bajo un marco de conflicto entre dos obligaciones estatales; y, por otro lado, que el Estado alegue que el inversionista violó derechos humanos, y que por tanto las medidas violatorias del TJE fueron necesarias para poner fin a la conducta transgresora del inversionista. La diferencia radica en el enfoque respecto a la conducta de las partes en la controversia (Knoll-Tudor, 2009 p. 339).

En conclusión, la relación entre estos regímenes debe darse y esperarse dentro de parámetros y posibilidades reales, pues no se debe subestimar el alcance del régimen internacional de las inversiones ni tampoco sobreestimarlos con miras a alcanzar objetivos de derechos humanos. Los derechos humanos como el derecho al agua pueden ser invocados por las partes en la controversia y/o utilizados por el tribunal arbitral para

efectos de determinar si una inversión está cubierta o protegida por el AII, si se⁴⁵ produjeron violaciones a la protección otorgada a los inversionistas por dicho instrumento y para efectos de establecer la compensación a que haya lugar, valiéndose para ello de la interpretación de las disposiciones contempladas en dichos acuerdos o de argumentos que justifiquen la afectación de la inversión protegida (Peterson, 2009 p. 25).

2.1. El ámbito de aplicación del TJE

2.1.2. Tipología del TJE en acuerdos internacionales de inversión

Desde la Carta de la Habana para una Organización Internacional de Comercio, el Convenio Económico de Bogotá y los tratados de amistad, comercio y navegación celebrados por los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, ya se hacía referencia a un tratamiento justo y equitativo. Actualmente la cláusula del TJE está recogida en más de 2000 AII's firmados por más de 170 Estados, así como en tratados regionales y plurilaterales (Knoll-Tudor, 2009 p. 310). Se trata de una obligación que ha ido ganando preponderancia en este tipo de tratados, por lo que naturalmente ha sido invocada en una gran cantidad de casos dentro de la jurisdicción arbitral inversionista-Estado.

Su propósito original era brindar protección a inversiones o inversionistas con respecto a diversas situaciones de injusticia y conductas abusivas o arbitrarias cometidas por el Estado que no quedaban incluidas en otros estándares de protección. Debido al amplio espectro de conductas que puede abarcar este estándar, en un principio se creyó que el mismo podía ser aplicable de manera residual a cualquier reclamación que no pudiera calificarse de una forma más específica, por ejemplo, como expropiación indirecta.

Lo anterior hace que a la fecha, en gran parte de los casos CIADI, se alegue la violación del estándar de TJE, lo cual ha llevado a que se establezcan ciertos problemas o desafíos en su interpretación relacionados principalmente con la falta de predictibilidad coligada a la ausencia de precedente obligatorio, la indeterminación de los supuestos que lo vulneran, las fuentes de derecho aplicables para delimitar su interpretación, el contenido sustancial del mismo y el potencial desequilibrio entre los intereses privados y públicos afectados por la decisión administrativa o gubernamental bajo escrutinio, además de

ciertos reparos sobre la pérdida de la capacidad regulatoria Estatal (United Nations⁴⁶ Conference on Trade and Development, 2012 p. 10-11).

Debido a la popularidad de este estándar y a los retos que de su contenido emanan, con el transcurrir del tiempo y la jurisprudencia los árbitros y académicos han logrado relacionar el uso del TJE con algunas situaciones fácticas que, junto con el análisis de las diversas redacciones que se presentan en los AII, han apuntado a entrever una tipología o clasificación. Sin embargo, no es posible establecer una lista exhaustiva o limitada sobre las situaciones comprendidas por este estándar, pues de la variada redacción y su ubicación en el tratado, ya sea formulada en el preámbulo o dentro de las cláusulas operativas en los AII, se desprenden diferentes alcances en cuanto a su contenido e interpretación.

En este sentido, se encuentran disposiciones en los preámbulos con el fin de reforzar el sentido general del tratado y especialmente de la parte dispositiva. Dentro de estos, hay ejemplos como los TBIs negociados por Estados Unidos¹⁴, que vinculan el TJE con el mantenimiento de un marco estable para la inversión y el uso efectivo de los recursos económicos. Por otra parte, Argentina¹⁵ se ha referido al TJE en el preámbulo de algunos TBI, donde aparece junto con el objetivo de intensificar la cooperación económica. A su vez, cuando se incluye dicho estándar en la parte dispositiva, puede quedar establecido como un estándar independiente, en combinación o con referencia al derecho internacional, o en conjunción con otros estándares de protección como la NMF (Nación más favorecida) y el TN (trato nacional) (Knoll-Tudor, 2009 p. 312-313).

¹⁴ La disposición “Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources” o referencias equivalentes pueden ser encontrados en TBI como los celebrados entre Estados Unidos-Argentina, Estados Unidos-Armenia, Estados Unidos-Bulgaria, Estados Unidos-República Checa y Eslovaca, Estados Unidos-República Democrática del Congo, Estados Unidos-Ecuador, Estados Unidos-Estonia, Estados Unidos-Granada, Estados Unidos-Jamaica, Estados Unidos-Kazajstán, Estados Unidos-Kirguistán, Estados Unidos-Letonia, Estados Unidos-Mongolia, Estados Unidos-Moldavia, Estados Unidos-Rumania, Estados Unidos-Sri Lanka, Estados Unidos-Túnez, Estados Unidos-Turquía, Estados Unidos-Lituania, Estados Unidos-Camerún, Estados Unidos-Polonia y Estados Unidos-Rusia.

¹⁵ Referencias en el preámbulo a “Desiring to intensify economic cooperation to the mutual benefit of both countries and to maintain fair and equitable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party” pueden encontrarse en los TBI firmados por Argentina con Finlandia, los Países Bajos, Nueva Zelanda y Suecia, así como en el TBI Rumania-Suecia.

Si bien se pueden encontrar disposiciones en todos estos sentidos, la distinción más⁴⁷ conocida, según la práctica arbitral y la aplicación de esta cláusula en los distintos AII, se da según la consideración del TJE como un estándar no calificado o independiente, o bien, asociándolo directamente al nivel mínimo de trato (NMT)¹⁶, que está vinculado a su vez al derecho internacional consuetudinario y del cual en principio el TJE se considera una expresión. Sin embargo, los tribunales arbitrales solo lo aplican en este sentido si es que así se encuentra expresamente redactado, de lo contrario, hay una tendencia a considerarlo como autónomo e interpretarlo no según el derecho internacional general, sino bajo el entendimiento que emane de su redacción (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 14-15).

Dentro de los tratados que no califican el TJE, se encuentra el TBI entre la Unión Económica belgo luxemburguesa y Tayikistán de 2009, cuyo Artículo 3 establece que “Todas las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante gozarán de un trato justo y equitativo en el territorio de la otra Parte Contratante”, con lo cual se da un margen de interpretación mucho más amplio a los árbitros, generando el riesgo de que las medidas regulatorias del Estado puedan ser potencialmente debatidas y posteriormente consideradas como violatorias del TJE, lo cual afecta seriamente la capacidad regulatoria de aquel.

De otro lado, en relación con los tratados que vinculan el estándar de trato justo y equitativo con el nivel mínimo de trato puede citarse el caso de los TBIs celebrados por Canadá y Estados Unidos sobre la base de sus respectivos modelos de TBI de 2004 (Estados Unidos ha reiterado este planteamiento en la última edición de su modelo de TBI del año 2012). A título ilustrativo, puede citarse el TBI entre Ruanda y Estados Unidos de 2008 que señala, en su Artículo 5 “Estándar mínimo de tratamiento”, que

¹⁶ La discusión sobre la relación de estos dos términos se ha dado principalmente en el marco del TLCAN, cuyo artículo 1105(1) establece, respecto al “Nivel mínimo de trato”, que: “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas” (subrayado añadido). La discusión respecto de esta disposición se dio principalmente debido a que en el caso *Pope y Talbot v. Canadá* se dijo que el TJE era adicional al NMT, por lo cual la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una nota interpretativa rechazando esto, manifestando que el TJE “no requiere un trato adicional al requerido por el NMT a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste”. Esta visión se ha recogido también en AII entre Estados de otras regiones, como el Acuerdo entre Japón y la República de Filipinas para una Asociación Económica (2006), y el Acuerdo de Establecimiento del Área de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda (2009).

“Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un tratamiento de acuerdo con el⁴⁸ derecho internacional consuetudinario, incluido un trato justo y equitativo y una protección y seguridad plenas”, que el TJE “incluye la obligación de no denegar la justicia en procedimientos judiciales, civiles o administrativos de conformidad con el principio de debido proceso consagrado en los principales sistemas legales del mundo”, y entiende el NMT como “Todos los principios de derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”. Esta redacción contribuye a prevenir interpretaciones extensivas de los árbitros y a guiarlos con referencias a conductas violatorias del NMT como la denegación de justicia (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 28).

Esta distinción entre ambos tipos de redacción del TJE tiene implicaciones en cuanto al contenido de este y, más precisamente, sobre la gravedad de la conducta del Estado necesaria para vulnerarlo, ya que, dependiendo de la configuración y contenido del TJE, será posible determinar los elementos para configurar la eventual responsabilidad internacional. En particular, merece destacarse las diferencias a nivel de las consecuencias en la carga y el acervo probatorio necesario para establecer la violación del TJE, siendo, en principio, más riguroso cuando este se vincula con el NMT, debido al carácter consuetudinario de este último, que implica un respaldo en la práctica estatal generalizada y la *opinio iuris*, y que en algunos casos ha tomado como referencia el umbral elevado del caso *Neer*, en términos que para violar este estándar la conducta del Estado debe ser atroz o escandalosa (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p.14-15).

A propósito del antiguo caso *Neer*, en sus inicios el NMT era considerado únicamente en relación a personas naturales, enfatizando en la denegación de justicia o abuso extremo de personas bajo custodia del Estado. Sin embargo, este concepto ha venido evolucionando con el tiempo, y su espectro se ha ampliado a personas jurídicas, y a otras situaciones más allá de las mencionadas. En general, cuando se interpreta que la redacción del TJE se vincula con aquel, de esta relación emana un claro mensaje, que únicamente actos de mala administración realmente serios por parte del Estado son requeridos para violarlo, pues el TJE no puede ir más allá de lo considerado según el NMT.

Por otra parte, los distintos tribunales y académicos han establecido diversos criterios para dotar de contenido a este estándar cuando el mismo es contemplado de manera

independiente y sin ninguna otra consideración. Así las cosas, en aras de establecer el⁴⁹ alcance y los límites de su aplicación, se considera la definición simple de los términos “justo y equitativo”, para definirlo como un tratamiento de actitud hacia la gobernanza basada en un conjunto imparcial de reglas que deben aplicarse con miras a hacer justicia a todas las partes interesadas que puedan verse afectadas por la política de un Estado. En cuanto a las áreas comunes entre estas dos tipologías de TJE, según el NMT o como estándar independiente, se encuentran consideraciones de respeto al debido proceso o, en su defecto, denegación de justicia, y la principal diferencia es que, considerado de manera independiente, no se limita a las más serias violaciones por parte del Estado (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 7-8, 13).

De esto se puede parcialmente concluir que, en principio, al vincular el TJE con el NMT, el margen de responsabilidad es en principio más limitado que cuando el estándar se contempla de manera independiente, pues en este último caso se pueden encontrar violaciones cuando la conducta es simplemente injusta con el inversionista, sin requerir mayores consideraciones respecto a la seriedad de la actuación del Estado requerida para violarlo como se da al vincularlo al NMT o a otras disposiciones sustantivas.

Existen cláusulas en diversos AII que vinculan el TJE con la prohibición de denegación de justicia¹⁷, de medidas arbitrarias irrazonables o discriminatorias¹⁸, o que señalan la irrelevancia de la violación de otra disposición del tratado o de un tratado diferente¹⁹. Cada uno de estos ejemplos tiene consideraciones propias según el caso, pero en términos generales, y a propósito del objetivo de esta investigación, lo notable es que, al incluir disposiciones de carácter sustancial al TJE, estas colaboran en cuanto a la predictibilidad en la interpretación que se haga del mismo, pues entre más precisa sea la redacción de la cláusula, más claro va a ser su alcance y contenido (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 29).

¹⁷ Ejemplos de ello se encuentran en: Acuerdo que establece el área de libre comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda (2009), Artículo 11, numeral 2; en el Acuerdo entre Japón y la República de Filipinas para una Asociación Económica (2006), Artículo 91; y en el TBI Ruanda-Estados Unidos (2008), Artículo 5.

¹⁸ Tal es el caso del TBI Países Bajos-Omán (2009) Artículo 2, numeral 2; y del TBI Rumania-Estados Unidos (1994) Artículo 2, numeral 2.

¹⁹ Esto se puede evidenciar en el TBI México- Singapur (2009), Artículo 4, numeral 3.

En algunas ocasiones, el TJE se vincula con el Trato Nacional y con la Nación Más⁵⁰ Favorecida. Cuando esto ocurre, los mismos fungen como su límite o margen de aplicación y no deben confundirse con elementos integrantes del TJE, pues la alegación del Estado que estos no han sido incumplidos no implica que no se pueda evaluar y considerar vulnerado el TJE. Esto permite establecer que este último es un estándar absoluto de protección, pues, a diferencia de los relativos como TN o NMF, el TJE no requiere necesariamente hacer comparaciones sobre cómo han sido tratados otros inversionistas o inversiones nacionales o extranjeros (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 6).

Por otro lado, la redacción de los AII que contemplan el TJE en combinación o con referencia al derecho internacional puede verse reflejada en disposiciones como el artículo 3.2 del TBI entre Croacia y Omán de 2004, que estipula: “Las inversiones o utilidades de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional y las disposiciones del presente Acuerdo”, (subrayado añadido). De esta manera, a falta de disposiciones convencionales aplicables, se justifica recurrir al derecho internacional, principalmente a la costumbre y a los principios generales del derecho para interpretar el contenido del TJE (Knoll-Tudor, 2009 p. 337).

Existe otro tipo de cláusula referida al derecho internacional, con una redacción y consecuencias diferentes, que puede verse reflejada en el Art. 2.3(a) del TBI entre Baréin y Estados Unidos de América de 1999: “Cada Parte otorgará en todo momento a las inversiones cubiertas un trato justo y equitativo y una protección y seguridad plenas, y en ningún caso otorgará un trato menos favorable que el requerido por el derecho internacional” (subrayado añadido). En este caso, el TJE no es equiparado estrictamente al mismo nivel del derecho internacional, sino que lo toma como fundamento, es decir, como la base o umbral a partir del cual el inversionista debe ser protegido. Esta redacción pareciera dotar de mayor margen de interpretación a los tribunales, así como en el caso en el que el TJE se menciona de forma independiente, lo cual puede resultar más restrictivo en relación con las medidas estatales que puedan ser discutidas a la luz del TJE (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 23).

De esta manera, se puede apreciar que, en razón de los diversos modos en que el TJE puede ser enunciado en los AII, no existe una definición uniforme, completa ni absoluta

del mismo, sino que, por el contrario, la manera de entenderlo y los diferentes niveles⁵¹ de tratamiento que recibe varían según cada caso, pues su aplicación no solo depende de la redacción del instrumento jurídico internacional, sino de los hechos que dan origen a la reclamación, el contexto en el que se presente, el valor probatorio de los argumentos esgrimidos por las partes y el margen de apreciación que tengan los árbitros, quienes desempeñan un rol central en torno al tratamiento del TJE.

Por este motivo, y considerando que ni siquiera existe homogeneidad dentro de las cláusulas del mismo tipo, los tribunales arbitrales en su labor interpretativa han acudido incluso a conceptos que en ocasiones no se encuentran expresados en la cláusula de TJE. Ello ocurre, por ejemplo, con la doctrina de las expectativas legítimas, es decir, los pactos, acuerdos, promesas o representaciones, implícitas o explícitas que haya acordado el Estado para efectos que se realice la inversión extranjera en su territorio y que, por tanto, el inversionista pretende legítimamente obtener dentro del marco legal y económico de cada caso en concreto (Perrone, 2014 p.14).

De aquellas representaciones, aun cuando no hayan sido expresadas formalmente a un inversionista específico, se pueden desprender obligaciones en cabeza de los Estados, y, por tanto, las expectativas legítimas generadas merecerían ser tomadas en consideración a la hora de la valoración de la supuesta violación del TJE. Sin embargo, habría que tener en cuenta también que el inversionista asume un nivel de riesgo, en términos que el Estado pueda cambiar su normativa o adoptar nuevas medidas en función a sus políticas y objetivos de interés público.

Este criterio sirve para enmarcar el ámbito de aplicación del TJE, cuyo alcance puede ser ampliado o restringido por voluntad de las partes mediante la redacción que se haga en los diferentes AII, así como por las ofertas o ventajas que se prometan u otorguen a un determinado inversionista, tales como el congelamiento de normas o beneficios tributarios. De igual manera, el contenido del TJE puede ser afectado por las circunstancias dadas en un determinado momento, las cuales pueden hacer que el tratamiento que el inversionista pueda legítimamente esperar restrinja o amplíe lo que se puede considerar como TJE.

Si bien las legítimas expectativas pueden ayudar en la interpretación de este estándar, esto debe hacerse con especial cuidado, pues de su aplicación irreflexiva se genera el riesgo

de que el verdadero propósito del TJE se desdibuje si estas únicamente se toman en⁵² consideración desde el punto de vista de los intereses del inversionista, anulando con ello la potestad regulatoria legítima del Estado basada en el interés público (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 9). Por este motivo, se requiere establecer los límites de las legítimas expectativas, lo cual se va a realizar en el siguiente acápite con ayuda de algunos casos que se han llevado ante el CIADI.

Por ahora, vale decir que en la interpretación que se haga del TJE, más allá de los diversos tipos de redacción que han sido trabajados en el presente capítulo, también existe la necesidad de considerar el balance efectivo de los intereses en juego. Para ello ha de tenerse en cuenta consideraciones sobre lo que legítimamente el inversionista pueda esperar, las condiciones y características propias del Estado, y, en caso que las medidas regulatorias de este afecten los intereses del inversionista, las razones por las que aquellas fueron tomadas, entre las que se pueden incluir obligaciones internacionales sobre derechos humanos, como las relacionadas con el derecho al agua.

En cuanto a las particularidades propias de cada Estado, un ejemplo se encuentra en el artículo 14 del Acuerdo de COMESA Mercado Común del África Oriental y Meridional, el cual vincula el TJE al NMT y establece que se deben tener en cuenta los diferentes sistemas legislativos, administrativos y judiciales de los Estados Partes y que el cumplimiento de este estándar podría variar según los diferentes niveles de desarrollo de estos (COMESA, 2007 p. 10). Generalmente los inversionistas se ven atraídos a invertir en países en vías de desarrollo, debido al margen de utilidad que en estos pueden generar; en ese contexto, las características propias del país deberían ser consideradas dentro de la evaluación de riesgos (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p.71-72).

De las formulaciones del TJE que han sido analizadas, ninguna contempla explícitamente la competencia de los tribunales arbitrales para conocer sobre argumentos relacionados con derechos humanos, aunque la que se refiere a los principios de derecho internacional podría permitir que esto ocurra. Lo anterior hace que la tarea de los árbitros se torne más compleja, pues el área del derecho internacional de los derechos humanos está, en principio, fuera de su órbita de conocimiento, experiencia y margen de acción (Knoll-Tudor, 2009 p. 338).

En este sentido, el presente trabajo de investigación no plantea que exista una⁵³ interrelación efectiva entre estas dos ramas del derecho internacional, sino que busca evidenciar que hay bases suficientes para establecer un mejor vínculo entre ambas, por lo cual no se espera que los tribunales arbitrales de inversiones aborden la promoción y protección de los derechos humanos, sino que se considera que existe un margen de interpretación para tomar en cuenta aspectos de derechos humanos en determinadas situaciones, como es el caso de las concesiones del servicio de agua y saneamiento, de manera que, respetando el ámbito de jurisdicción y competencia del tribunal CIADI, pueda llegarse a un equilibrio de intereses en la determinación de la violación del TJE.

Con estas consideraciones en mente, se puede por ahora concluir que no existe uniformidad en cuanto al contenido del TJE, en razón a que los niveles de tratamiento esperado conforme a dicho estándar han variado a lo largo del tiempo, y que además en cada caso concreto su contenido depende tanto del lenguaje empleado como del margen de interpretación que se atribuyan los árbitros, amén de las particularidades y circunstancias propias del caso, tales como la situación y capacidad del Estado. Lo anterior no implica que su interpretación pueda hacerse de manera arbitraria o literal, pues su contenido va más allá de la discrecionalidad de los árbitros y de la literalidad de los términos que lo componen.

2.1.2. Los elementos del TJE desarrollados en arbitrajes CIADI: casos emblemáticos

Determinar el contenido sustancial del TJE no es una tarea sencilla; sin embargo, su flexibilidad permite que el mismo lleve muchas décadas siendo utilizado y que sea el estándar más recurrido en arbitrajes internacionales de inversión. Una de las estrategias para analizarlo es ver los escenarios más comunes en los que ha sido aplicado para determinar su violación, lo cual puede ayudar con el propósito de establecer los elementos del mismo. Dentro de los supuestos más predominantes en los que se ha estudiado el referido estándar se encuentran: incumplimiento de la obligación de vigilancia y protección debidas, denegación del debido proceso y/o procedimiento justo, no observancia de las legítimas expectativas, coerción y abuso de los órganos del Estado, evidencia de mala fe, falta de transparencia y tratamiento arbitrario o discriminatorio (Knoll-Tudor, 2009 p. 321-322).

Cabe resaltar que esta lista, lejos de ser una enumeración taxativa, condicional u⁵⁴ obligatoria, reúne algunas de las situaciones fácticas de las medidas, acciones u omisiones estatales, ya sean legislativas, administrativas o judiciales, en virtud de las cuales se ha analizado el TJE por diferentes tribunales arbitrales CIADI. En ese sentido, la misma se constituye como una aproximación de la doctrina, basada en jurisprudencia y elaborada con el fin de dotar de contenido al estándar, analizando sus componentes. A fin de abundar en ello, se va a hacer un breve recuento jurisprudencial, que evidencia el tratamiento otorgado en las situaciones mencionadas.

En términos del contenido del estándar, se deben considerar los principios de buena gobernanza sobre los cuales se va a evaluar la conducta o medida del Estado; en estos se incluyen: el debido proceso, la ausencia de arbitrariedad en la toma de decisiones, la no vulneración de las legítimas expectativas, así como, el grado de violación necesario para configurar su violación. La determinación de estos factores depende en cierto grado de la fuente del TJE, de la redacción con relación al derecho internacional o como un estándar independiente, toda vez que ello va a facilitar o dificultar que se interpongan argumentos de justificación más diversos o amplios por parte del Estado, dentro de los que se pueden incluir los relativos al derecho al agua (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 12).

De igual manera, se requiere tomar en consideración que, debido a la amplia presencia de este estándar en arbitrajes inversionista-Estado, queda claro su valor para la protección de los inversionistas, pero también que se ha generado incertidumbre y riesgos en cuanto a su contenido, aplicación y consecuencias, lo cual se relaciona principalmente con el lenguaje utilizado en los AII, del que se colige el margen de responsabilidad según cuán grave o manifiesta sea la conducta del Estado para considerar o no violado este estándar. Por otro lado, se ha indagado sobre la necesidad de establecer un balance entre la protección a la inversión con el derecho del Estado a regular en función al interés público (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 13).

En este sentido, en gran parte de las demandas contra Argentina donde los inversionistas alegaron vulneración del TJE, el Estado argumentó que esta obligación proveniente de un AII no se debía analizar de manera aislada, sino que su interpretación debía hacerse dentro de un contexto en el que se considerara la extraordinaria crisis socioeconómica que enfrentó el país a comienzos del nuevo milenio, a la luz de normas internacionales

pertinentes, incluyendo el derecho al agua, y no como establecían los reclamantes, en⁵⁵ el sentido de una obligación en abstracto de proveer un medio estable y previsible para la inversión, enfocado únicamente en garantizar que las expectativas legítimas y razonables de un inversor se cumplieran (Peterson, 2009 p. 28).

Referente a estas últimas, uno de los casos principales a los que hay que hacer alusión es el de Tecmed v. México, cuyo laudo establece que el TJE es una expresión del principio general sobre buena fe, que exige al Estado brindar un tratamiento que no desvirtúe las legítimas expectativas del inversionista y que impone el deber de actuar:

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 le son relevantes (Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2, 2003 p. 68).

En esta definición se puede ver que los distintos elementos planteados también pueden subsumirse unos dentro de otros, o interrelacionarse; en este caso, dentro del término buena fe, se incluyen las legítimas expectativas, y la transparencia, y se enuncian otros atributos relevantes como la previsibilidad legal y administrativa de los objetivos de actuación del Estado, sin que este los pueda contradecir posteriormente. Esta aproximación aumenta notablemente el margen de medidas estatales que pueden ser analizadas y encontradas como violatorias del TJE, dentro de las que se pueden encontrar aquellas que tienen un legítimo propósito público (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 2).

Esta amplia consideración en principio busca otorgar seguridad a los inversionistas sobre los compromisos que realice el Estado con el propósito de la realización de una inversión en su territorio, los cuales no se deben negar ni desconocer en etapas posteriores. De igual manera, el laudo citado establece que el Estado no puede actuar de manera arbitraria, es decir, “cuando dicho accionar presenta insuficiencias tales que sin necesariamente violar normas jurídicas específicas éstas serían reconocidas por todo hombre razonable e imparcial” (Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2, 2003 p. 68).

Este laudo ha sido particularmente polémico pues establece obligaciones excesivas en cabeza del Estado, las cuales han sido caracterizadas en casos y reflexiones posteriores

como “un programa ‘extremo’ de buena gobernabilidad impuesto a los Estados”, el⁵⁶ cual acarrea problemas incluso a los países más desarrollados, toda vez que de esta interpretación, en la que el TJE es tan amplio y abarca tantas obligaciones, se puede conducir fácilmente a la violación del mismo con el consecuente pago compensatorio (Peterson, 2009 p. 13).

Como ya se enunció, este caso permite establecer que dentro del concepto de las legítimas expectativas, como elemento del TJE, se encuentra la predictibilidad y la transparencia, que no son lo mismo que un congelamiento legislativo, lo cual tiene especiales repercusiones en países en vías de desarrollo o menos desarrollados, en los cuales el inversionista debe tomar en consideración las altas probabilidades de repentinos cambios legislativos o regulatorios por la intervención del gobierno en la economía, la dificultad de mantener expectativas legítimas al interior de estos Estados cuando en su interior ocurren violaciones continuas de los derechos humanos, o la necesidad de adoptar medidas para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales (Kube & Petersmann, 2016 p. 24-25).

En este último caso, los inversionistas y los tribunales arbitrales deberían considerar que es menester la realización progresiva de estos derechos humanos, dentro de los que se encuentra el derecho al agua, especialmente al interior de aquellos Estados que ni siquiera cumplen con los requisitos mínimos acordados en los instrumentos internacionales respectivos. En consonancia con ello, los cambios que se hagan a este respecto deben ser anticipados y considerados en la medición de riesgos para evaluar el establecimiento de una inversión, por lo que, dependiendo del grado de previsibilidad, incluso cuando el inversionista basa su reclamación en tales cambios, estos podrían no afectar el ámbito de aplicación del TJE.

A lo anterior se debe añadir que, si bien cualquier intervención estatal debe evidenciar estándares básicos de buena gobernanza, la interpretación expansiva del TJE, incluyendo las legítimas expectativas, posee el riesgo de resultados desproporcionados en la determinación de lo que se entiende por estas, motivo por el cual es imperativo determinar cuáles expectativas pueden ser consideradas como legítimas y en qué circunstancias se pueden invocar. Además es preciso considerar las legítimas expectativas del inversionista en conjunción con los intereses del Estado y de la comunidad, los cuales deben ser

sopesados según el clima de inversiones y las condiciones del Estado receptor (United⁵⁷ Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 2, 9, 14).

Otro asunto emblemático es el de *Biwater Gauff v Tanzania*, en el cual se establecieron como componentes del TJE la protección de las legítimas expectativas, la buena fe, la transparencia, la consistencia y la no discriminación. En cuanto a las consideraciones propias del caso, el Estado justificó las medidas tomadas basado en la pésima prestación del suministro de agua a la población por parte del inversionista. El tribunal encontró que en ciertos aspectos se había violado el TJE; sin embargo, no encontró nexo de causalidad entre esto y las pérdidas y daños que el inversionista alegaba haber sufrido y por los cuales exigía compensación, motivo por el cual el tribunal arbitral sostuvo que el inversionista falló en determinar sus legítimas expectativas y no otorgó compensación. Sin embargo, para esto no tuvo en cuenta la actuación del inversionista a la luz de los derechos humanos, sino la estipulación contractual que había al respecto (Caso CIADI N° ARB/05/22, 2008 p. 155-179).

No debe perderse de perspectiva que las legítimas expectativas se evalúan en función al tipo de conducta necesaria para que la autoridad estatal pueda generarlas, y se requiere que las mismas sean razonables y justificables. Sin embargo, para que los tribunales otorguen protección bajo el TJE, se requiere un nexo causal entre la vulneración de esas expectativas y el daño sufrido por el inversionista, con sujeción a un balance entre estos elementos y el interés regulatorio legítimo de los Estados (Knoll-Tudor, 2009 p. 326-329).

En este último aspecto, en casos como *Saluka v. República Checa* y *Parkerings-Compagniet v. Lituania*, se estableció la necesidad de considerar el derecho soberano a regular que tienen los Estados en materias de interés público, incluso si al hacerlo afectan los derechos de los inversionistas, pues no resulta ni legítimo ni razonable que estos esperen que las circunstancias iniciales se mantengan indefinidamente. En ese sentido, se señaló que los inversionistas solo deben esperar que la invocación de tales circunstancias responda al principio de buena fe y que no se violen los requisitos de consistencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación. De ser ello así, no se violarían las legítimas expectativas ni tampoco el TJE. Sin embargo, ello es posible siempre que no se hayan dado garantías específicas de estabilidad del marco regulatorio al inversionista y

se garantice libertad de coerción o acoso por parte de las autoridades del Estado (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 73-74).

En cuanto a las legítimas expectativas relacionadas con el suministro de agua que conciernen a los “clientes” de los inversionistas, o “ciudadanos” para el Estado, habría que decir que desafortunadamente en estos casos casi nunca tienen voz ni voto. El caso *Aguas del Tunari v. Bolivia* mostró como la falta de transparencia y participación pública conllevaron a serias revueltas populares debido a la subida estrepitosa del precio del servicio de agua, y a que con el monopolio que se estableció en favor del inversionista se prohibía el acceso a fuentes alternativas de agua. Si bien es difícil plantear la participación de la sociedad civil en el procedimiento arbitral, son los negociadores de los AIIs y los tribunales arbitrales quienes pueden enfatizar la necesidad de tener en cuenta a quienes resultan directamente afectados por las decisiones y medidas que se toman en torno al agua (Thielbörger, 2009 p. 505-507).

En términos generales, las legítimas expectativas, como elemento fundamental para determinar la violación del TJE, no se pueden aplicar de manera aislada del contexto regulatorio, político, económico y social del Estado. Tampoco se debe ignorar el papel fundamental del Estado en la protección del interés público, por lo cual corresponde al tribunal arbitral, según cada caso, encontrar un equilibrio entre los intereses legítimos involucrados. A tal efecto, los tribunales arbitrales podrían recurrir a fórmulas de balance que consideraran la jurisprudencia internacional o, inclusive, métodos de balance basados en los sistemas legales constitucionales a fin de promover la convergencia entre el derecho internacional de inversiones y el de los derechos humanos (Kube & Petersmann, 2016 p. 12)

Por otra parte, se debe considerar que, de los elementos enunciados, la obligación de buena fe debe estar presente en toda relación entre el inversionista y el Estado. Esta ha sido reconocida como un principio básico de obligaciones legales y relaciones económicas internacionales, así como un principio para la aplicación e interpretación de los tratados según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La buena fe está relacionada con la manera cómo se establecen y cumplen las obligaciones y no impone cargas sustantivas individuales, por lo cual la alegación de su incumplimiento solo provee de cierta asistencia a los árbitros en la determinación de una eventual violación del estándar de TJE, sin que sea necesario

demostrar la mala fe para determinar el incumplimiento de este, pues la intención no⁵⁹ es uno de sus elementos esenciales. Sin embargo, hay casos en que una acción realizada de mala fe es un motivo suficiente para reconocer el incumplimiento de la obligación de brindar TJE (Knoll-Tudor, 2009 p. 331-332).

Por su parte, la transparencia se entiende como el conocimiento por parte del inversionista de todo el marco legal relevante para que este pueda empezar, completar u operar su inversión. En otros casos, esta definición se amplió incluyendo las políticas relevantes y las prácticas administrativas o directivas y, en otros, a que no exista ambigüedad en las acciones del Estado con las que se pueda afectar la situación real o legal del inversionista, así como tampoco de las acciones que este pueda tomar. Por lo cual la transparencia se entiende íntimamente ligada a las expectativas legítimas (Knoll-Tudor, 2009 p. 332-333).

Párrafos arriba se estableció la necesidad de que el inversionista considere el contexto del Estado en el que realiza una inversión, y que más allá de las promesas que este pueda hacer, incluya en su evaluación de riesgos las circunstancias relevantes de aquel. La transparencia es un medio fundamental para lograr un nivel óptimo de gobernanza y para evitar medidas arbitrarias o discriminatorias. Sin embargo, cabe resaltar que no todos los Estados están en las condiciones o capacidades suficientes para asegurar un marco regulatorio e institucional dotado de plena transparencia, por lo cual la misma se debe analizar desde un enfoque flexible y realista, en aras de no transferir el riesgo correspondiente al inversionista de operar en un país en vías de desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 72).

En cuanto al tratamiento arbitrario y discriminatorio de una acción u omisión Estatal, ambas medidas son acumulativas y tienden a evaluarse en conjunto, cuando se determina la violación del TJE. Por una parte, el carácter discriminatorio se da cuando a una situación similar se le dan tratamientos diferentes en base al género, la raza, o la creencia religiosa, sin ninguna justificación razonable, con el fin de destruir o frustrar la inversión, lo cual en relación al TJE equivaldría ciertamente a injusticia o inequidad. Por otra parte, la arbitrariedad es considerada como la discrecionalidad individual “fundada en el prejuicio o la preferencia en lugar de en la razón o el hecho” que puede ser así “reconocido por cualquier hombre razonable e imparcial”, por lo cual se considera que en relación con el TJE, la arbitrariedad constituye “un desprecio deliberado del debido proceso legal” (Knoll-Tudor, 2009 p. 333-335).

Según esto, la arbitrariedad en el proceso de decisión está fundamentada en las motivaciones y los objetivos que existen detrás de la conducta o medida del Estado. Así las cosas, la actuación de este no debe ser deliberada, sino que, por regla general, debe estar fundamentada y cumplir algún propósito público, más aún cuando con esta se afecta los derechos de los inversionistas. El Estado tiene, en consecuencia, la carga probatoria de establecer un vínculo entre la medida tomada y el objetivo de la misma para comprobar que no fue arbitraria, incluso aun cuando no haya sido la más idónea o eficiente de tomar, pues no es competencia de un tribunal arbitral cuestionar estos factores. Tal es el caso de las medidas de Argentina en el periodo de crisis financiera, las cuales se tomaron de acuerdo a su leal saber y entender, y no se limitaron a la protección del medio ambiente, salud pública o protección al consumidor. Sin embargo, es importante mencionar que si bien la arbitrariedad puede formar parte del TJE, no es un elemento sustancial del mismo, pues una conducta puede ser hallada violatoria del TJE sin ser arbitraria (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 78-79).

Ahora bien, respecto a la obligación de vigilancia y protección, la misma resulta bastante similar a la obligación de diligencia debida que el Estado tiene en relación con el estándar sobre protección y seguridad plenas de los inversionistas extranjeros, y se ha admitido que el TJE está relacionado con este estándar. Sin embargo, ello tiene unos límites, pues el deber del Estado consiste fundamentalmente en tener disponible su sistema judicial y administrativo para los reclamos que eventualmente puedan interponer los inversionistas, y de resolver estos de acuerdo al marco jurídico nacional e internacional aplicable, brindando así el ambiente más hospitalario posible (Knoll-Tudor, 2009 p. 322).

Referente al debido proceso, se requiere cumplir con este para no caer en la denegación de justicia, la cual refleja incompetencia del aparato judicial, y se da cuando: se niega acceso a la justicia; las cortes se rehúsan a decidir; existen demoras injustificadas en los procedimientos, falta de independencia de los otros poderes públicos o fallas para ejecutar las sentencias o laudos; y hay corrupción del juez, discriminación contra el litigante extranjero o violación de las garantías fundamentales del debido proceso, como la notificación y el principio de oportunidad. Este supuesto procede en casos graves o manifiestos de injusticia, pero incluso va más allá y puede operar en procedimientos ejecutivos e incluso legislativos. Sin embargo, no se consideran actos violatorios el error

simple, la mala interpretación o cuando no se ha agotado el derecho interno (United⁶¹ Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 80-81).

Por otra parte, en el caso *Total S.A. v Argentina*, se establece que el TJE es un estándar autónomo, sin contenido pre definido, y de naturaleza flexible. Sobre las expectativas legítimas, asociadas a la estabilidad del marco legal, el tribunal afirmó que pueden estar basadas “en todo compromiso y declaración expresa o implícita del Estado anfitrión” realizados de manera específica a un inversionista, y que no es un criterio absoluto, pues “no importa un requisito para que el Estado anfitrión congele su sistema legal”. En la evaluación de la violación del estándar, atribuyó fallas en los cálculos comerciales realizados por el inversionista, los cuales no tuvieron en cuenta ni hicieron una evaluación adecuada de la legislación, ni de la predictibilidad de las reformas por parte de Argentina (Caso CIADI N° ARB/04/1, 2010 pp. 50- 87/ 153-159).

Es decir que, para configurar las legítimas expectativas siguiendo esta línea de interpretación, se requiere que exista una representación o promesa específica realizada a un inversionista determinado, y que el mismo haya realizado su inversión debido a, o con ocasión de aquella, lo que no implica que el inversionista no deba estar al tanto del ambiente regulatorio del Estado, que puede implicar cambios en ciertas materias como, por ejemplo, la progresividad de derechos económicos, sociales y culturales, que vincula obligaciones relacionadas con el derecho al agua y la prestación y regulación de servicios. Finalmente, se hace hincapié en la necesidad de establecer un balance sobre las legítimas expectativas del inversionista, por una parte, y la actividad regulatoria del Estado receptor, por otra (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 68).

Además, en el caso bajo comentario, el tribunal acudió a la técnica de la razonabilidad y proporcionalidad propias del régimen de derechos humanos, con el objetivo de sopesar los diferentes intereses en juego considerando las circunstancias y los motivos, el difícil contexto económico de Argentina y la seriedad del perjuicio causado con las medidas de emergencia. Asimismo, vinculó criterios del Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGSC) con la finalidad de determinar “lo justo”, argumentando que, como las Partes del TBI eran parte de aquel acuerdo, el tribunal arbitral podía tomarlo como referencia (Kube & Petersmann, 2016 p. 25), lo cual podría ser aplicable a su vez respecto de otros tratados de vocación universal, como los relativos a los derechos humanos, que permitan vincular disposiciones en dicha materia a los casos que se ventilen en el CIADI para hacer un balance entre la capacidad regulatoria del Estado y los derechos de los inversionistas.

Tomando en cuenta lo anterior, preliminarmente se puede establecer que el estándar de TJE otorga criterios de equidad a la asimétrica relación existente entre los inversionistas y los Estados, que permite acoger estándares de derecho internacional y crea un marco más estable y previsible para la inversión (Knoll-Tudor, 2009 p. 343). Dentro de sus componentes principales se encuentran la prohibición manifiesta de la arbitrariedad en la toma de decisiones y la denegación de justicia vinculada al debido proceso, así como la discriminación selectiva por motivos manifiestamente ilícitos; el tratamiento abusivo, incluyendo coerción, coacción y acoso; y la protección de las legítimas expectativas balanceadas con el derecho a regular de los Estados. Otros elementos estudiados, como la mala fe y la transparencia, si bien son parte del TJE, no son requisitos esenciales del mismo. Ahora bien, tratándose de la determinación de la violación de este estándar vinculada a obligaciones en otras materias, como es el caso del derecho al agua, se identificarán a continuación algunas posibilidades que permitan una argumentación en ese sentido.

2.2. Implicaciones de la invocación del derecho al agua en la determinación de la violación del TJE

Las invocaciones principales al derecho al agua que han tenido lugar en arbitrajes CIADI, y que han sido reflejadas en los distintos argumentos interpuestos por los Estados, tienen que ver principalmente con las obligaciones que se derivan de los contratos de concesión en el suministro del agua y saneamiento, la responsabilidad y obligación del monitoreo y control de la operación por parte del Estado, los derechos procedimentales concernientes a la transparencia y participación pública que pueden incidir en el tratamiento de estos casos y de las legítimas expectativas, y el balance de derechos en la revisión judicial (Thielbörger, 2009 p. 503).

En cuanto a las consideraciones del tribunal, dos variables principales pueden tener un rol en la determinación de la supuesta violación del TJE. Por una parte, existe la posibilidad de invocar la teoría de las manos limpias y las cláusulas de condicionalidad de acceso al arbitraje internacional supeditado al cumplimiento de las leyes nacionales, y, por otra, están los argumentos en cuanto al fondo de la controversia, que pueden estar basados en excepciones contempladas directamente en los AIIs, así como en otras

disposiciones, incluyendo el preámbulo, que pueden guiar la interpretación de los⁶³ árbitros al momento de evaluar la reclamación de un inversionista.

En cuanto a las opciones que se plantean en la primera variable y que han sido expresadas ante diversos tribunales en diferentes ocasiones, se considera que los árbitros, más que enfocarse en reconocer derechos amplios e ilimitados a la hora de dotar de contenido a los estándares de protección, deberían fijar su mirada en el comportamiento de los inversionistas para determinar si estos pueden efectivamente acudir al CIADI en busca de la protección de sus derechos.

La conducta del inversionista puede ser relevante en dos sentidos: (i) para justificar la medida que el Estado puede tomar en contra del inversionista como una reacción o sanción a su conducta fraudulenta o mediante la cual indujo al Estado a un error, pudiendo este incluso, según las circunstancias propias y pertinentes de cada caso, terminar legítimamente la inversión sin violar el TJE; o (ii) para efectos que el tribunal determine que existe un nexo causal y proporcionalidad entre la conducta del inversionista y la medida del Estado, teniendo particular atención de que no se trate simplemente de un argumento utilizado para ocultar una medida arbitraria o discriminatoria (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 83-84).

Al comienzo de este capítulo se estableció la importancia de la ley aplicable y la jurisdicción del CIADI para tratar o considerar argumentos relativos a derechos humanos sin caer en la extralimitación de las funciones de un tribunal arbitral, y por ende en la posibilidad de anulación del laudo, lo cual en este punto es fundamental debido a la cantidad considerable de casos que se han presentado por fallidas concesiones en el suministro de los servicios de agua y saneamiento. Así las cosas, aun cuando el mandato principal de un tribunal arbitral está relacionado con la protección de la inversión extranjera, en ocasiones se ha tenido que buscar soluciones adecuadas para decidir sobre materias relacionadas con el derecho al agua, como el acceso y la asequibilidad (Thielbörger, 2009 p. 507).

Estas consideraciones han sido aplicadas de manera implícita, lo cual puede obedecer a que, dentro de la ley aplicable, que según el artículo 42 del Convenio CIADI es la fijada por las partes, los derechos humanos no están por lo general expresamente contemplados; y, por otra, que en caso se contemple al derecho internacional como parte del derecho

aplicable, se estaría incluyendo al respeto universal por los derechos humanos y las⁶⁴ libertades fundamentales. Sin embargo, respecto del derecho al agua, aún se presenta la discusión sobre su status legal a nivel del derecho internacional general. Por estos motivos, por el momento, las decisiones y consideraciones que se tengan sobre el derecho al agua están en manos de los árbitros, quienes a su vez tienen el deber de actuar dentro del ámbito de su competencia (Thielbörger, 2009 p. 508-509).

Por esta razón, en primera medida se va a estudiar la doctrina de las manos limpias, definida por el Black's Law Dictionary como el principio de que una parte no puede buscar una reparación equitativa o hacer valer una defensa equitativa si esa parte ha violado un principio equitativo, como la buena fe²⁰ (Garner, 2004 p. 756). Aunque es ampliamente debatida y no existe uniformidad en su interpretación, definición o aplicación, puede ser tenida en cuenta cuando se invoca la supuesta violación del TJE, en términos que los tribunales arbitrales podrían considerar argumentos relativos a violaciones contra los derechos humanos cometidas por parte del inversionista para decidir si otorgarle o no protección bajo este estándar, en base a criterios de credibilidad, razonabilidad e independencia (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 590).

Esta teoría fue invocada en la línea argumentativa del Estado seguida en casos como *Saba Fakes v. Turquía*, donde se buscó excluir la jurisdicción del tribunal CIADI, o negar los beneficios del TBI al sostener que no se puede considerar inversión cubierta a la realizada violando el principio de la buena fe (Caso CIADI N° ARB/07/20, 2010 págs. 28-30). Bajo esa perspectiva, se podría también alegar que, dentro de la buena fe, en tanto basada en la actuación del inversionista, se incluye el respeto de los derechos humanos fundamentales como el derecho al agua.

Algunos han incluso manifestado que el requisito de actuar conforme a derecho, y por lo tanto sin ir en detrimento de los derechos humanos, se puede aplicar aun faltando disposiciones específicas en el tratado, como en el caso *Phoenix Action v. Republica Checa* (Caso CIADI N° ARB/06/5, 2009 pp. 30-31), donde el tribunal manifestó que nada sugería aceptar la protección de inversiones realizadas en contravención de las reglas fundamentales de protección de los derechos humanos, como tortura, genocidio,

²⁰ “The principle that a party cannot seek equitable relief or assert an equitable defense if that party has violated an equitable principle, such as good faith”.

esclavitud o tráfico de órganos, concluyendo que solamente las inversiones acordes⁶⁵ con la ley podían ser protegidas. El tribunal citó casos²¹ en los que se estableció que solo las inversiones realizadas de buena fe podían gozar de la protección del tratado correspondiente (Caso CIADI N° ARB/06/5, 2009, p. 42). Sobre el particular, autores como Kube y Petersmann han afirmado que, al ser la doctrina de las manos limpias una expresión del principio de la buena fe, esta constituiría para dicho tribunal un argumento de defensa del Estado, en términos que el arbitraje internacional de las inversiones no protege las inversiones contrarias a los principios generales del derecho, entre los cuales el principio de buena fe reviste particular importancia (Kube & Petersmann, 2016 p. 22)

Lo mismo ocurrió en el caso Hesham Talaat M. Al- Warraq v. Indonesia (UNCITRAL, 2014 p.195-201) en el que se estableció la denegación de justicia como una clara violación del TJE y por tanto un incumplimiento del tratado. Sin embargo, en cuanto a la protección y seguridad, se encontró que la medida de rescate tomada por el Estado era razonable y esperada por cualquier gobierno diligente en circunstancias similares, por lo cual, aplicando la doctrina de las manos limpias, el tribunal concluyó que el inversionista no podía reclamar compensación por violación a dicho estándar, toda vez que se había actuado en contra de la ley del Estado receptor, cuando el TBI incluía el requisito de que la inversión fuera hecha de acuerdo a esta, y se había determinado que su accionar, además de causar los problemas de liquidez, era contrario al interés público al afectar el sector financiero de Indonesia.

En esa misma línea es relevante, el asunto Hamester v. Republica de Ghana, donde el tribunal, basándose en el asunto Phoenix Action v. República Checa, afirmó que una inversión no puede ser protegida si fue realizada en contravención del principio de buena fe conforme al derecho interno o al derecho internacional, independiente de las cláusulas del tratado (Caso CIADI N° ARB/07/24, 2010 p. 36). En este caso también se analizó el tema de las obligaciones contractuales, y se señaló que el incumplimiento de las mismas no es suficiente para entablar un proceso arbitral por el supuesto incumplimiento de la obligación de TJE, caso contrario se establecería la protección de este estándar como un intento de cláusula paraguas de los contratos inversionista- Estado (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 70).

²¹ Los párrafos 106 y siguientes del citado laudo se refieren a casos tales como Amco Asia Corporation et al v. Indonesia; Inceysa v. El Salvador; y Plama Consortium Limited v. Bulgaria.

Sobre la invocación del derecho al agua, se da el caso de la violación a través de contratos de concesión en el suministro de agua y saneamiento, donde la ausencia de disposiciones concernientes a la elevación de precios de estos servicios públicos ha sido la principal causa de conflictos, ya que existe la creencia de los inversionistas que a través de la tarifa establecida van a recuperar el alto precio que pagaron como “canon” para obtener la concesión. Así las cosas, el asunto Hamester cobra importancia, pues tanto el Estado como el inversionista contractualmente violaron obligaciones relativas al agua. En ese sentido, a falta de disposiciones claras en el contrato sobre tarifas, planes de contingencia en casos de crisis y la potestad y responsabilidad de cada una de las partes en cuanto a estas, será un tribunal arbitral el que tiene que considerar y sopesar las disposiciones contractuales con los hechos y los argumentos de las partes (Thielbörger, 2009 p. 503-504).

En general, bien sea que haya una cláusula específica o no sobre la conformidad de la inversión con la legislación local para ser protegida de acuerdo a los estándares de protección a la inversión extranjera, o cuando se tome en consideración el hecho que la inversión se haya realizado por medio de conductas ilegales como fraude, sobornos o corrupción, también debería tenerse en cuenta si la inversión fue realizada en violación de los derechos humanos. En dichos casos, los tribunales pueden evaluar la conducta del inversionista en función a la doctrina de las manos limpias a la hora de decidir si admitir o no la reclamación (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 575).

De otro lado, están las excepciones basadas en la necesidad de proteger objetivos de interés público, como son el orden público y la seguridad nacional, las cuales podrían ser interpretadas por los árbitros en términos de incluir las políticas públicas para considerar los derechos humanos (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 575). La aplicación de estas disposiciones depende en gran medida de la interpretación que se dé al concepto de “necesidad”, así como de la manera cómo esté redactada la excepción en términos de si únicamente compete al Estado evaluar la necesidad de las medidas adoptadas o si esto es un asunto que puede ser evaluado ulteriormente por un tribunal arbitral. Existen distintos modelos de excepciones generales. En algunos casos se toma como referencia o se incorpora *mutatis mutandis* los artículos sobre excepciones generales y de seguridad

esencial del GATT de 1994 o del AGCS²². Asimismo, el artículo XI del TBI entre⁶⁷ Argentina y los Estados Unidos de América de 1991²³ ha sido recurrentemente invocado en diferentes casos arbitrales contra Argentina.

Al mismo tiempo, es posible invocar el estado de necesidad como una circunstancia que excluye el hecho ilícito internacional de un Estado y exime la responsabilidad internacional de este. En estos casos, a diferencia de las excepciones contempladas en AII, se reconoce que existe *a priori* un hecho ilícito internacional, es decir, una violación a una disposición del tratado, pero se excluye la ilicitud en razón a las circunstancias en que el Estado adopta la medida en controversia. El estado de necesidad está regulado en el artículo 25 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁴, y ha sido considerado como parte del derecho internacional consuetudinario en el caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria contra Eslovaquia). En este asunto, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

²² El artículo XX, literal (a) del GATT de 1994 contempla una excepción general en materia de moral pública, mientras que el artículo XIV del AGCS incluye una excepción general en materia de moral y orden público, precisando el contenido de este último concepto. En ambas disposiciones, además del factor de conexión basado en la necesidad, se requiere que la medida adoptada por el Estado no se aplique en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, y que no se trate de una restricción encubierta al comercio de bienes o servicios. Por su parte, los artículos XXI del GATT de 1994 y XIV *bis* del AGCS contemplan excepciones generales en materia de seguridad esencial, y utilizan un lenguaje “auto juzgable” en relación con la determinación de la necesidad de la medida, lo cual se ve sopesado con el hecho que los supuestos a los que aplica la excepción están limitados a aspectos militares o de defensa, como son el abastecimiento de las fuerzas armadas, las materias fisionables o fusionables y las medidas aplicadas en tiempos de guerra o de grave tensión internacional.

²³ Art. XI: El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

²⁴ Artículo 25: Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

El estado de necesidad es un motivo reconocido por el derecho internacional consuetudinario para eximir de ilicitud a un acto que no esté de conformidad con una obligación internacional. Además, la Corte considera que ese motivo para eximir de ilicitud únicamente puede aceptarse de manera excepcional (...): ha de estar ocasionado por un 'interés esencial' del Estado autor del acto que entra en conflicto con una de sus obligaciones internacionales; ese interés ha de verse amenazado por un 'peligro grave e inminente'; el acto impugnado ha de haber sido el 'único medio' de proteger ese interés; ese acto no debe haber 'menoscabado gravemente un interés esencial' del Estado con el que se haya contraído la obligación; y el Estado autor del acto no debe haber contribuido a que surja el estado de necesidad (Corte Internacional de Justicia, 1997 p. 4).

En los casos contra Argentina relativos al suministro de agua, abordados en el presente capítulo, donde el Estado justificó la violación de los respectivos AIIs en base al estado de necesidad producto de la profunda crisis financiera que atravesaba desde 2001, se señaló que este eximente de responsabilidad basado en el derecho internacional consuetudinario implicaba la intervención del Estado mediante medidas de emergencia indispensables para garantizar y ampliar el acceso continuo al agua potable y a la salubridad durante la crisis. Por su parte, los inversionistas consideraban que el Estado pudo haber tomado otras medidas que no afectaban los compromisos asumidos con estos (Peterson, 2009 p. 28-29).

Dentro de los argumentos aplicables y relativos al agua, se encuentra la obligación de monitoreo y control de la operación por parte del Estado, pues es este último a quien finalmente le corresponde garantizar el derecho al agua. Al otorgar la prestación del servicio de agua y sanidad a un inversionista extranjero, el Estado podría argumentar que dicha obligación aun recae en él, por lo que al producirse una situación de emergencia como la subida irracional de precios, problemas con la calidad del agua, o impedimentos a fuentes existentes de agua, este se encuentra legitimado e incluso obligado a tomar medidas e intervenir en dichas situaciones, considerando además que bajo ninguna circunstancia los Estados pueden ampararse en el contrato de concesión como una excusa para acabar con su responsabilidad (Thielbörger, 2009 p. 505).

Ahora bien, la invocación de los referidos argumentos de defensa del Estado, tanto por vía convencional como consuetudinaria, ha sido controversial, pues los tribunales han emitido diferentes opiniones en cuanto a su aplicación, generando grandes desacuerdos.

En casos como *Continental Casualty v. Argentina*, se prestó mayor atención a los⁶⁹ argumentos donde se justificaron vía la excepción contemplada en el artículo XI del TBI entre Argentina y Estados Unidos las medidas de emergencia tomadas con el fin de mantener el orden constitucional y los derechos y libertades básicos de la población, señalando, respecto del TJE, que el inversionista no podía legítimamente esperar que el gobierno permitiera triplicar el precio del agua luego de la devaluación del peso argentino (Peterson, 2009 p. 29-30). Además el tribunal consideró que el marco de estabilidad legal que se encontraba en el preámbulo del TBI no constituía una obligación entre las Partes, y que sería injusto e irrazonable que un país prometiera no cambiar su legislación (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 75).

Mientras que en otros como *CMS v. Argentina*, el Estado, a la luz del artículo XI señalado anteriormente, argumentó el estado de emergencia nacional debido a la crisis económica y social como motivos de exención de responsabilidad en virtud del Tratado. Al respecto, el tribunal hizo la distinción sobre cuán graves debían ser las dificultades económicas, y manifestó que estaba convencido que la crisis fue severa pero que no resultó en un colapso total económico o social y que al compararlo con otras crisis en el mundo, cabía señalar que las mismas no dieron lugar a la derogación de acuerdos contractuales o tratados internacionales, sino que se produjeron renegociaciones, adaptaciones y aplazamientos, manteniendo intacta la esencia de las obligaciones internacionales, concluyendo por tanto que, no existió una situación de fuerza mayor, pero que sí hubo ciertas consecuencias derivadas de la crisis, las cuales aunque no eximen de la responsabilidad o excluyen la ilicitud desde el punto de vista legal, fueron consideradas por el Tribunal al determinar la indemnización (Caso del CIADI No. ARB/01/8, 2005 p. 102-104).

Asimismo, es importante señalar que no hay claridad absoluta respecto a la interpretación de las referidas defensas del Estado, pues si bien algunos tribunales han considerado que las excepciones de seguridad y orden público son un tipo de estado de necesidad, otros tribunales han llegado a la conclusión que no debe confundirse entre este tipo de excepciones y la defensa del estado de necesidad. Al respecto, habría que destacar que es el segundo tipo de razonamiento el más relevante para dar cabida a la invocación de argumentos basados en la protección de derechos humanos, teniendo en cuenta las dificultades que supone el elevado umbral de criterios a satisfacer bajo el estado de necesidad y el mayor margen de interpretación que habría bajo una excepción general referida a los intereses esenciales del Estado.

En conclusión, de las dos grandes opciones que se plantearon en este acápite, podría afirmarse que cuando se intenta que no se admita una reclamación o que se declare que no existió violación del TJE, es más probable que se acepte la primera vía mencionada, es decir, que se considere el comportamiento del inversionista en caso de que este haya sido violatorio de derechos humanos como el agua, y que, por tal motivo, el mismo haya contribuido a que el Estado adopte la medida en controversia al punto que implique que el tribunal no admita su reclamación basada en el TJE o que no considere la inversión como cubierta bajo el AII. En cambio, es menos probable que se acepten los argumentos basados en la doble obligación del Estado, cuyo objetivo es poner de relieve que este no cumplió con su obligación de otorgar TJE porque dio prevalencia a las obligaciones de derechos humanos (Knoll-Tudor, 2009 p. 340) como se vio en los argumentos planteados por Argentina en el caso Azurix, entre otros, en los que demostrar la incompatibilidad o preponderancia de una de estas obligaciones, los derechos humanos, resultó un argumento difícilmente aceptado por los tribunales arbitrales.

Finalmente, se puede decir que, así como ocurre en el análisis relativo a los argumentos sobre jurisdicción y determinación de la responsabilidad internacional del Estado, existe la posibilidad que se haga un balance entre los derechos y obligaciones del Estado y del inversionista, sustentado en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y que el mismo pueda establecerse al momento de determinar la compensación, por ejemplo, mediante una compensación parcial (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 77); esta opción se va a desarrollar en el siguiente acápite.

2.3. Implicaciones de la invocación del derecho al agua en la determinación de la compensación por violación del TJE

A diferencia de la declaración de si hay violación o no del estándar de protección, la determinación de la compensación puede ser variable y relativa. En los casos que esta se otorga por motivo o con ocasión de la violación del TJE, la forma como se determina no es del todo clara o prefijada como ocurre en el caso de la expropiación, la cual en la mayoría de ocasiones se define conforme a lo establecido en los propios AIIs. En este último caso, la compensación se determina de acuerdo a la regla del derecho internacional que establece “plena compensación”, que se ha entendido como equivalente al “valor

justo de mercado de la inversión calculado por referencia a flujos de efectivo futuros”⁷¹
(United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 88-89)

Por ello, teniendo en cuenta lo establecido en el acápite precedente, en el supuesto que los argumentos esgrimidos por el Estado no sean suficientes para que el tribunal declare la inadmisibilidad de la reclamación, no ampare la reclamación del inversionista en base al TJE, o considere la reclamación fuera de su competencia, cabe la posibilidad de que los mismos argumentos puedan ser considerados por los árbitros en términos de evaluar el impacto en la mitigación de daños y consecuentemente en la compensación establecida en contra del Estado por la violación de dicho estándar.

Este escenario posibilita considerar obligaciones que no son propiamente relativas a la inversión a la hora de establecer la compensación, la cual es primordial y estratégica cuando la reclamación se da por vía del TJE, pues el inversionista espera recibir reparación por las acciones u omisiones del Estado, y para su determinación, como se demostró a lo largo del presente capítulo, los tribunales acuden a la verificación de varios elementos, así como de la situación económica y política del Estado y la conducta del inversionista que supuestamente ha contribuido a la violación del TJE (Knoll-Tudor, 2009 p. 340).

En este sentido, la determinación de la compensación podría representar un escenario donde posiblemente pueda tener lugar el balance de los intereses en juego, en el sentido que aun cuando la obligación de otorgar TJE fue vulnerada por parte del Estado, la cantidad a pagar por concepto de compensación pueda verse disminuida debido a las circunstancias particulares del caso, en particular cuando la violación de dicho estándar pueda ser parcialmente justificado o mitigado con la contribución de responsabilidad por parte del inversionista a dicho resultado (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 89)

Se plantea que la compensación disminuya proporcionalmente a la violación de los derechos o deberes por parte del inversionista. Así lo evidencian algunos laudos en los que los árbitros han reducido dicha compensación teniendo en cuenta el comportamiento del inversionista, ya que nada previene que un tribunal considere obligaciones surgidas de otras ramas del derecho internacional para determinar el quantum compensatorio. Esto

se podría aplicar de manera análoga a temas relacionados con los derechos humanos⁷² (Dumberry & Dumas-Aubin, 2012 p. 366).

Dentro de los casos mencionados se encuentran, por ejemplo, el caso Yukos v. Rusia, donde se estableció que existía culpa compartida entre las partes, motivo por el cual se redujo la compensación a los accionistas de la empresa debido al abuso que estos cometieron del tratado de doble imposición tributaria entre Rusia y Chipre para evadir impuestos. Este planteamiento, a propósito de la teoría de las manos limpias, no se consideró para negar la protección al inversionista, pero sí para la determinación y reducción de la compensación (Brown, 2016 p. 301). Ello mismo ocurrió en RosInvestCo UK Ltd. v Rusia, donde el tribunal declaró que el inversionista no falló en la debida diligencia, pero la elevada naturaleza especulativa de la inversión se consideró en el quantum compensatorio (Kube & Petersmann, 2016 p. 26).

En ese mismo sentido falló el tribunal del caso MTD v. Chile, donde la compensación fue descontada a la mitad debido a que las acciones del inversionista llevaron a aumentar el riesgo de las transacciones, y por tanto se estimó que este debía asumir ciertas consecuencias (Knoll-Tudor, 2009 p. 340). Esto se dio con base a la obligación que recae en el inversionista a propósito de la diligencia debida, es decir, a no basar su actuación únicamente en las promesas o representaciones que el Estado haya hecho con el fin de que este realizara determinada inversión. En este caso, se autorizó la inversión en contravención de las propias leyes del Estado receptor. Esto permitió establecer que existía una legítima expectativa y por ello violación del TJE, pero para la determinación de la compensación el tribunal también consideró la carga que recaía en el inversionista (United Nations Conference on Trade and Development, 2012 p. 70).

Cabe también aclarar que los compromisos que el Estado haya acordado en favor de los inversionistas de la otra parte contratante en el AII no son obligaciones recíprocas con estos últimos. Sin embargo, ello no es óbice para que la conducta del inversionista sea tomada en consideración, si con esta se ha contribuido a las pérdidas que solicita, y, por tanto, este sea otro factor a considerar en la compensación. Desde la perspectiva de las manos limpias, sería difícil justificar que el inversionista reciba compensación completa debido a una situación en la que este ha contribuido con su mala conducta (Knoll-Tudor, 2009 p. 341).

El hecho que hasta el momento no existan casos tangibles que puedan evidenciar⁷³ directamente el impacto de alegaciones de derechos humanos por parte de los Estados en la fijación de la cuantía de la compensación puede obedecer a que los alegatos del Estado no siempre se han invocado al tenor de obligaciones en esta materia, sino acudiendo a otras vías, o simplemente sin especificar su fuente. Cabe recalcar que la compensación es un asunto fundamental, pues las decisiones de los Estados para actuar de una determinada manera van a depender en cierta forma del análisis sobre las consecuencias económicas que ello pueda tener (Dumberry & Dumas-Aubin, 2012 p. 366).

Así, por ejemplo, en el asunto *Azurix v. Argentina*, un aspecto crucial que se debe considerar es que si bien el tribunal falló en contra de Argentina, este no accedió a la totalidad del monto pretendido por el inversionista, y rechazó algunas de sus reclamaciones como la referida a que no se podía justificar las subidas de precios periódicas de acuerdo al canon pagado por la empresa producto de la concesión, señalando que si este pago fue excesivamente oneroso era al inversionista a quien le correspondía realizar el cálculo del flujo de ganancias; este aspecto resultó fundamental en la “relativamente baja” compensación otorgada al inversionista. Sin embargo, no se llegó a evaluar la proporcionalidad entre las intenciones del Estado y el impacto que las medidas ocasionaron al inversionista (Thielbörger, 2009 p. 496-498).

Adicionalmente, se debe aclarar que no existe claridad sobre la utilización de la metodología de la proporcionalidad empleada en estos casos, pues aun en el supuesto que, por ejemplo, el interés público sea ponderado por encima de los intereses particulares del inversionista, no se sabe aún como se sopesan las obligaciones que el Estado tiene con ambos, ni en qué medida las primeras pueden justificar una reducción en la compensación por incumplimiento de las segundas (Kube & Petersmann, 2016 p. 26).

Así, para efectos de buscar dicha proporcionalidad, herramienta propia de la jurisdicción internacional de derechos humanos, en algunas ocasiones los tribunales CIADI han incluso acudido a la jurisprudencia emitida en dichas instancias internacionales. Ello ocurrió, por ejemplo, en *Amco Asia Corp. v. Indonesia*, donde el tribunal consideró casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH para el establecimiento de la cuantía, mientras que, respecto de la actuación de mala fe por parte del Estado, no encontró fundamento ni en el derecho nacional ni en el internacional que indicara que las violaciones procedimentales generaran compensación pecuniaria alguna. En esa línea, se

citó el caso *Sramek*²⁵, donde se alegó vulneración del derecho a ser escuchado en una⁷⁴ audiencia pública, en un tiempo razonable y por un tribunal imparcial establecido por ley. Allí el Tribunal Europeo, a pesar de encontrar violación a este derecho, no otorgó compensación por pérdidas pecuniarias basadas en este (Fry, 2007 p. 90-91).

Lo anterior evidencia otra de las posibles ventajas en las consideraciones que un tribunal pueda tener respecto a la compensación a inversionistas que alegan violación del TJE, pues de la flexibilidad en el contenido del TJE y del hecho de acudir a otras fuentes como los derechos humanos para su interpretación o delimitación también pueden surgir situaciones como las enunciadas en el párrafo anterior, en las que consideraciones como la mala fe, procedimiento justo y transparencia pueden llevar a determinar que se vulneró el estándar, pero no necesariamente implican una compensación pecuniaria.

Según esto y como ya se había mencionado párrafos arriba, los tribunales arbitrales parecen ser mucho más propensos a acudir a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos con el fin de interpretar determinadas garantías legales o procesales (Peterson, 2009 p. 7). Sin embargo, estas consideraciones son más difíciles de sopesar cuando se intenta justificar la violación del TJE en base a la protección de otros derechos, como ocurrió en los mencionados casos del agua potable y saneamiento.

Pero en este último escenario, en el que dos obligaciones del Estado se enfrentan, la problemática va más allá de la determinación del tribunal CIADI, pues si bien este declara la violación del TJE y ordena el pago de compensación, la obligación concerniente al derecho humano va a continuar siendo vulnerada. En este caso, se debería considerar establecer un acuerdo entre el Estado y el inversionista con el fin de no prolongar esta situación, por ejemplo, pagando una compensación adicional para terminar con la inversión y de esta manera cumplir con sus obligaciones sobre derechos humanos (Knoll-Tudor, 2009 p. 341). Si bien esta situación no es parte de esta investigación, se deja la inquietud sobre su tratamiento.

²⁵ El tribunal en *Amco Asia Corporation y otros v. República de Indonesia*, caso del CIADI No. ARB/81/1 en el laudo del proceso de reenvío del 5 de junio de 1990, párrafo 125 y ss. Hace mención del caso *Sramek* del TEDH. El texto completo se encuentra en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8885.pdf>

Volviendo al tema de este capítulo sobre el impacto del derecho al agua en las⁷⁵ reclamaciones sobre TJE, es posible afirmar que una vez superados los problemas que puedan existir referentes a la competencia, pareciera que existe mayor dificultad en que dichos argumentos sean considerados en los méritos del laudo para decidir sobre la violación de este estándar, pues allí los tribunales tienden más a evaluar los componentes que comprende esta definición según cada caso en particular y las acciones emprendidas por el Estado, por lo cual cuando no es posible llegar a la determinación que o bien justifica la violación del TJE o no atribuye totalmente al inversionista, queda la opción que estas consideraciones sean tenidas en cuenta para reducir la compensación proporcionalmente a la violación del derecho al agua (Knoll-Tudor, 2009 p. 342).

Teniendo en cuenta esto, en casos en los que se alegue violación al TJE por parte del Estado, y este, a pesar de haber vulnerado este compromiso, pueda comprobar que la actuación del inversionista contribuyó a este resultado a propósito de obligaciones relativas al derechos al agua, existe una oportunidad para que las actuaciones tanto de uno como del otro sean tenidas en cuenta a la hora de determinar la compensación que deba recibir el inversionista, pues es cierto que, independientemente de las justificaciones, falta de diligencia debida, obligaciones concomitantes y demás, si se establece la violación a un estándar de protección, se debe pagar compensación al inversionista a que se vio afectado con la medida del Estado, por más legítima que esta sea.

Capítulo 3. La invocación del derecho al agua como sustento de demandas reconventionales en arbitrajes internacionales CIADI

La presente investigación se ha abocado a discernir sobre las opciones que existen para invocar obligaciones relativas al derecho al agua en arbitrajes CIADI. Corresponde a este último capítulo una reflexión sobre la posibilidad de interponer demandas de reconvencción basadas en aquel. En primer lugar, se van a estudiar los aspectos fundamentales relativos a estas demandas, incluyendo los presupuestos generales para su interposición y la procedencia de argumentos que vinculan a los derechos humanos, específicamente al agua como base de su fundamento; luego se van a establecer dos escenarios posibles, por un lado, las demandas de reconvencción basadas en contratos, y, por el otro, las basadas en fuentes del derecho internacional.

El régimen internacional de las inversiones ha sido criticado por la asimetría que parece privilegiar únicamente o en mayor medida a los inversionistas, a través de los AIIs que incluyen derechos en favor de estos sin deberes correlativos. Por su parte, el arbitraje ha sido considerado como una vía de único sentido, en la que el Estado siempre juega el papel de la defensa, como el “eterno demandado” (Popova & Poon, 2015 p. 224). Esto no resulta del todo cierto, pues el CIADI contempla la posibilidad para que el Estado, en determinadas ocasiones y bajo ciertos parámetros, pueda fungir como demandante.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que la regla general es que los Estados no interponen demandas contra los inversionistas en el ámbito del CIADI, el nombre completo del tratado constitutivo de esta institución es “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, sugiriendo que la palabra ‘entre’ admite controversias en ambas direcciones. En esa misma línea, el artículo 36 del Convenio CIADI, relativo a la solicitud de arbitraje, alude a “cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje”.

A mayor abundamiento, y para los efectos de esta investigación, es relevante el artículo 46 del Convenio CIADI, que incluye la opción de acudir por la vía de la contrademanda o demanda de reconvencción, la cual es “en esencia, una reclamación presentada por el demandado en oposición a una reclamación presentada por el demandante (la reclamación principal), en el mismo procedimiento” (Farmer, 2016 p. 5).

Sin embargo, esta oposición no se presenta como las que se evidenciaron en el capítulo anterior, es decir, como argumentos que servían de fundamento de la defensa del Estado, interpuestos por medio de excepciones o justificando su acción en el comportamiento del inversionista, con el objeto que la reclamación no se admitiera, no se declarara una violación del TJE, o en caso de darse esta determinación, que tal conducta tuviera un impacto en la disminución de la compensación, sino que en este caso la demanda reconvenzional se presenta como una respuesta ofensiva que plantea en sí misma una reclamación contra el demandante, quien por lo general es el inversionista.

Se diferencia entonces de las defensas basadas en justificaciones o excepciones del demandado, pues con aquellas se busca anular la reclamación principal, atacando su base objetiva o legal, por ejemplo, estableciendo que su acción u omisión obedeció a necesidad o fuerza mayor, mientras que en una demanda de reconvección el Estado busca una sentencia a su favor más allá del simple rechazo de la reclamación principal, alegando la responsabilidad del demandante, lo cual no obsta para que con ello se busque a su vez mitigar o impedir un fallo en favor de la reclamación principal (Farmer, 2016 p. 6-8). Además, al tratarse de un reclamo separado e independiente, el Estado puede utilizar todos sus argumentos y pruebas a efectos no solo de evitar pagar compensación pecuniaria al inversionista, sino incluso reclamar una propia.

Por lo cual, en lo concerniente al aspecto monetario, se parte de la base que, cuando el demandado en la reclamación inicial es quien alega un mal desempeño del inversionista u otras acciones u omisiones cometidos por aquel con consecuencias negativas para sí, este (el Estado) puede acudir entonces a la reclamación de daños en el mismo procedimiento en el que aquel lo había vinculado como demandado (Schreuer, Malintoppi, Reinisch, & Sinclair, 2009 p. 750).

En este sentido, cabe precisar que el Estado en la demanda reconvenzional incluso puede exceder la cuantía de la petición inicial realizada por el inversionista, desde que la misma guarde coherencia, proporcionalidad y que pueda ser razonablemente fijada en razón a los hechos que la fundamentan, motivo por el cual, teniendo en consideración este riesgo que dicha pretensión puede ser incluso más onerosa que la principal, se podría entonces esperar que disminuyan las reclamaciones principales que no están muy sólidamente justificadas.

Por otra parte, las contrademandas también tienen un alcance más amplio que las reclamaciones de compensación, pues estas no se limitan a aspectos monetarios, sino que en las mismas los Estados pueden solicitar, por ejemplo, que se ejecute un comportamiento específico o una restitución de bienes. En 2009, los casos de *Europe Cement Investment & Trade S.A* y *Cementownia* plantearon por primera vez la posibilidad de otorgar "daños morales" sufridos por un Estado, como un remedio adecuado en virtud del derecho internacional de inversiones. En ambos casos, Turquía solicitó una indemnización monetaria por los daños a su "reputación y prestigio internacional" como resultado de reclamos infundados presentados por los inversionistas. (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 596).

En términos generales, la demanda de reconvencción contribuye con la economía procesal y la mejor administración de justicia, principalmente en cuanto al tiempo, costos y consistencia, pues al tener una apreciación holística de la situación, de los argumentos y las reclamaciones de las partes, sería lógico suponer que los árbitros alcanzan un resultado más justo y racional, y quizá incluso sirvan para evitar los problemas que conlleva el hecho de que los Estados, a través de las mismas pruebas y hechos, busquen justicia en sus propios tribunales o en otros foros. Además, refuerza el arbitraje como un medio pacífico y neutral de solución de controversias, y ayuda a superar las críticas que lo caracterizan como un mecanismo privado que decide asuntos públicos, con desigualdad de armas, protección exclusiva de los derechos de los inversionistas y una parcialidad estructural en contra de los Estados (Farmer, 2016 p.4-13).

Entre las ventajas de plantear la posición del Estado por vía de reconvencción y no como excepción o como factor mitigante de la compensación, se encuentran que los tribunales CIADI, a la luz del artículo 46 del Convenio de Washington, están obligados a pronunciarse sobre los argumentos del Estado (Schreuer et al., 2009 p. 740), lo que no ocurría en todos los casos referenciados en el capítulo anterior, donde la reticencia de los tribunales a participar en discusiones sobre obligaciones concretas de derechos humanos llevó a considerarlos como hechos o a usar un lenguaje vago e impreciso (como ser "consciente" de los derechos humanos en juego) para referirse a ellos, lo cual podría obedecer también a la limitada experiencia legal en la materia (Kube & Petersmann, 2016 p. 20). La discrecionalidad de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre aspectos de derechos humanos en esos casos contrasta con la vía de una demanda de reconvencción,

pues, de no pronunciarse un tribunal arbitral respecto a las cuestiones planteadas en⁷⁹ esta última, el Estado podría eventualmente invocar la causal de nulidad sobre extralimitación manifiesta de facultades prevista en el artículo 52 del Convenio CIADI.

Además, la posibilidad de establecer una demanda de reconvencción basada en la violación de obligaciones de los inversionistas ayuda a brindar equidad procesal al sistema asimétrico característico de los AII, eficiencia en la resolución definitiva del conflicto y eventualmente podría ayudar a aminorar las reclamaciones frívolas.

Cabe destacar que, a propósito del Convenio CIADI, la Junta Ejecutiva del Banco Mundial reconoció expresamente la importancia de los reclamos del Estado anfitrión y las contrademandas. Al respecto, manifestó que si bien el objetivo general del Convenio es alentar un mayor flujo de inversión internacional privada, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los de los Estados receptores, motivo por el cual permite la iniciación de procedimientos tanto por parte de los Estados anfitriones como de los inversionistas, teniendo en cuenta que las disposiciones del Convenio CIAIDI deben adaptarse por igual a los requisitos de ambos casos. En ese mismo sentido, el tribunal del asunto *Amco v Indonesia* sostuvo que el Convenio tiene como objetivo proteger, en la misma medida y con el mismo vigor, al inversionista y al Estado anfitrión (Farmer, 2016 p. 18).

Asimismo, a efectos del cumplimiento internacional de las decisiones arbitrales que resuelvan demandas reconvenzionales, es importante tomar en consideración lo dispuesto por el artículo 54 del Convenio CIADI, en términos que los laudos gozan de reconocimiento y ejecución en el territorio de los Estados Parte del Convenio CIADI como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en el Estado Parte. Sobre el particular, el hecho que la controversia sea resuelta por un tribunal arbitral puede parecer más neutral que si se resolviera por las cortes nacionales (Kryvoi, 2011 p. 3).

La invocación de la violación de derechos humanos en una demanda de reconvencción por parte del Estado significaría igualmente una profunda transformación, en términos de abordar la eventual responsabilidad del inversionista y el pago pecuniario que dicha violación implicaría, lo cual, a su vez, podría proporcionar un desincentivo para cualquier uso prematuro del arbitraje de inversiones (Abel, 2018 p. 24).

Entre las características principales de la demanda reconvenzional se encuentran que es una causa de acción nueva, pues a pesar de ser una consecuencia de la reclamación principal, su destino no depende de aquella. En efecto, la demanda reconvenzional busca como resultado negar o mitigar las consecuencias legales de la demanda principal, más allá de tener en común con esta el contexto legal y fáctico de la controversia (Farmer, 2016 p. 5).

Por otra parte, si bien esta opción se plantea como contraargumento a las críticas señaladas al régimen internacional de las inversiones, también es menester comentar que la gran mayoría de demandas de reconvezión interpuestas en el CIADI han fracasado en su misión. Sin embargo, esto no responde ni comprueba la parcialización del que se acusa al sistema, sino que en gran medida obedece a los obstáculos de jurisdicción identificados por los tribunales arbitrales (Popova & Poon, 2015 p. 223).

En ese sentido, se debe precisar que, aun cuando en el Convenio CIADI siempre ha existido la opción de interponer demandas reconvenzionales, las mismas corresponden en cifras a menos del 3% de los casos ventilados ante este foro, y gran parte de estas han sido decididas en los últimos 7 años (Farmer, 2016 p.13-14). Ello muestra que no solo están en una etapa naciente e incipiente, sino que, además, y lo que resulta más relevante para esta investigación, fungen como una opción prometedora para que los Estados puedan invocar reclamaciones contra los inversionistas.

La idea básica de las demandas reconvenzionales es entonces el tratamiento conjunto de reclamaciones relacionadas en torno a una misma diferencia bajo un mismo procedimiento. Con ello se busca evitar procesos paralelos o consecutivos que generan elevados costos e ineficiencias y que, inclusive, pueden generar resultados conflictivos entre sí. Estas razones, que presentan a la demanda de reconvezión como una reclamación auxiliar, fueron reconocidas desde los trabajos preparatorios del convenio CIADI, en los cuales el principio de tratar todos los aspectos de una disputa en un mismo procedimiento nunca se puso en duda, enfatizándose que, para proceder en ese sentido, las demandas reconvenzionales debían estar dentro del consentimiento de las partes y no exceder la competencia del tribunal (Kryvoi, 2011 p.7).

Como consecuencia de ello, el Convenio CIADI contempla esta figura en su artículo⁸¹ 46, que expresa:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro”.

En consecuencia, las demandas de reconvencción están expresamente permitidas en el ámbito del CIADI, pero en la práctica son mucho más complejas de llevar a cabo por lo que, como se ha señalado anteriormente, se evidencia su poco uso y éxito en el arbitraje internacional de las inversiones. Ello responde principalmente al hecho que, a la luz del citado artículo, un requisito que se exige para que proceda una demanda reconvenccional es la conexión directa entre esta y la reclamación principal. La prueba para satisfacer esta condición es establecer si la conexión objetiva entre el reclamo original y el reclamo auxiliar es tan cercana como para requerir la adjudicación de este último a fin de lograr la resolución final de la disputa, en la perspectiva de agotar todos los motivos o argumentos presentes en el litigio derivados de la misma materia (Schreuer et al., 2009 p. 751).

Algunos autores como Farmer, a través de un estudio jurisprudencial, han llegado a la conclusión que en casos recientes los tribunales arbitrales han adoptado un enfoque injustificadamente estrecho y a menudo inconsistente de este requisito, el cual debería ser entendido en términos de exigir una conexión con la “misma inversión”, y no respecto de los instrumentos legales que sostienen las reclamaciones. Dicho autor también ha señalado que el requisito de la conexión con la demanda principal es adicional a la jurisdicción y debería ser analizado más bien como un criterio de admisibilidad (Farmer, 2016 p. 4,5). A mayor abundamiento, se puede traer a colación el asunto Goetz v. Burundi, caso del CIADI No. ARB/06/11, que distingue claramente entre jurisdicción y admisibilidad (conexión necesaria) a propósito de la demanda reconvenccional (Farmer, 2016 p. 15).

En ese sentido, se argumenta válidamente que el artículo 46 antes citado se encuentra en la sección “poderes y funciones del tribunal” y no en los artículos correspondientes a “jurisdicción del centro”, con lo cual se reafirma que el requisito de conexión que

establece se debe dar en términos de admisibilidad. Consiguientemente, una demanda⁸² reconvenicional procedería si se cumplen los tres requisitos establecidos en el Convenio CIADI: (i) que se relacione directamente con la diferencia, (ii) que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes, y (iii) que esté dentro de la jurisdicción del CIADI conforme al artículo 25 de su tratado constitutivo²⁶ (Schreuer et al., 2009 p. 731-734).

Tomando en cuenta estos elementos, se espera una tendencia hacia un razonamiento más metódico e integral en torno a la demanda reconvenicional que tenga en consideración las características propias del arbitraje de inversiones CIADI. Sin embargo, un aspecto que no debe perderse de perspectiva es que los AII generalmente no incluyen obligaciones de los inversionistas ni tampoco precisiones en relación con los tres requisitos para que proceda una demanda reconvenicional como sería, por ejemplo, una aclaración respecto de la conexión que se requiere, en términos que lo relevante es el vínculo con la controversia que surja de una misma inversión y no la identidad legal de los instrumentos jurídicos en que se basan la demanda principal y la demanda reconvenicional (Farmer, 2016 p. 15-17, 20-21).

En términos generales, el requisito de conexión implica una evaluación legal y objetiva, pues la definición de inversión es un concepto legal definido por las partes y no determinado por el tribunal. Este enfoque se centra en la inversión más que en la simetría de los instrumentos legales, pues en el tratado de inversión no hay necesariamente una relación legal directa entre las partes en la controversia. Asimismo, ello permitiría admitir demandas de reconvenición basadas en el contrato y en la ley local contra demandas principales, siempre y cuando se pruebe que están directamente relacionadas a la misma inversión y suficientemente conectadas a los hechos para justificar la reclamación (Farmer, 2016 p.48-52).

En cuanto al consentimiento, este se da en dos momentos, con la oferta del Estado plasmada en la ratificación del AII y con la aceptación de esa oferta de parte del

²⁶ Sobre la jurisdicción del CIADI, el referido artículo estipula lo siguiente: Artículo 25 (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

inversionista, ya sea mediante escrito formal o con la interposición de la reclamación⁸³ principal. A su vez, el AII permite definir el alcance de la jurisdicción del tribunal “*ratione materiae*”, tanto respecto de las demandas principales como de las demandas reconventionales. Según las disposiciones que incluya y la interpretación que se haga de su redacción, objeto y fin, los tribunales se van a declarar o no competentes para conocer de una eventual demanda de reconvencción (Kryvoi, 2011 p. 9). Este análisis es importante debido a que la jurisdicción que tenga el tribunal sobre la reclamación o demanda principal no se extiende automáticamente a la eventual reconvencción que se pueda interponer (Dumberry & Dumas-Aubin, 2012 p. 358).

En este sentido, se pueden identificar cuatro tipos de AIIs que, según el alcance o ámbito de aplicación, pueden ser más o menos amigables con las demandas de reconvencción. En primer lugar, las cláusulas inclusivas que se refieren a cualquier tipo de disputa relacionada con la inversión²⁷, y cuyo lenguaje flexible permitiría extender la jurisdicción arbitral a las demandas reconventionales²⁸. En segundo lugar, inspirado en el artículo IX del modelo de TBI de los Estados Unidos de América de 1994²⁹, un AII puede aplicarse a disputas que surjan o estén relacionadas con la autorización de una inversión, un acuerdo de inversión o el supuesto incumplimiento de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el AII con respecto a la inversión cubierta³⁰, lo cual es relevante dado que abarcan las autorizaciones y acuerdos de inversión que incluyen obligaciones del inversionista. En tercer lugar, también existen las disposiciones o cláusulas que expresamente contemplan el derecho a la reconvencción³¹. Finalmente, en cuarto lugar, se encuentran las disposiciones que restringen la jurisdicción exclusivamente a las

²⁷ Por ejemplo, el TBI entre Países Bajos y República Checa aplicado en el asunto *Saluka v. República Checa*, se refiere a “todas las disputas entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante con respecto a una inversión de esta última (...)”.

²⁸ Existe duda si este prototipo, que se cree amplía la jurisdicción para permitir la interposición de demandas reconventionales, aplica a las controversias contractuales.

²⁹ Consultar el texto en <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2867>

³⁰ Esta formulación no contempla las demandas de reconvencción que se basan en la ley nacional o doméstica.

³¹ El acuerdo del Mercado Común de África Oriental y Austral COMESA, en su artículo 28.9 señala que “Un Estado miembro contra el cual un inversionista presenta una reclamación (...) puede afirmar como defensa, reconvencción, derecho de compensación u otra reclamación similar, que el inversionista que presenta la reclamación no ha cumplido con sus obligaciones en virtud del presente Acuerdo, incluidas las obligaciones de cumplir con todas las medidas nacionales aplicables o que no ha tomado todas las medidas razonables para mitigar posibles daños”. Dicho instrumento estipula también que el derecho a la reconvencción incluye la obligación del inversionista de cumplir con la ley local (COMESA, 2007 p. 22).

violaciones de los derechos conferidos por el respectivo AII³², lo cual sería menos⁸⁴ permisivo con las demandas reconventionales cuando el tratado no contemplara esa figura y se centrara únicamente en las obligaciones del Estado, toda vez que ello implicaría que las demandas reconventionales estuvieran fuera del consentimiento de las partes y, por ende, el tribunal no pudiera ejercer jurisdicción sobre las mismas (Farmer, 2016 p. 24-28).

De los prototipos establecidos en el párrafo anterior, los tres primeros podrían permitir la interposición de demandas de reconvencción, ya que amplían el ámbito de jurisdicción del tribunal arbitral más allá de las violaciones sobre protección de la inversión que puedan nacer de los AIIs, incluyendo el derecho internacional, disposiciones contractuales e incluso la ley doméstica, a diferencia del último prototipo señalado, en el que la jurisdicción se limita al propio tratado. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que existen mayores probabilidades de que los contratos y el derecho interno del Estado receptor establezcan obligaciones de los inversionistas. Estas afirmaciones van a ser analizadas con mayor detenimiento en los siguientes subcapítulos donde se hará referencia a la viabilidad para invocar el derecho al agua a través de demandas reconventionales.

En el capítulo anterior se trataron situaciones en las que el inversionista amparado en un AII demanda al Estado con base en el TJE que aquel instrumento le otorga, bajo el supuesto que estos tratados buscan moderar el poder soberano del Estado y que es únicamente la conducta de este último la que tiene que ser revisada (Kryvoi, 2011 p. 8). Sin embargo, en dichas situaciones el Estado también hacía reparos en el comportamiento del inversionista, los cuales argumentaba con diferentes propósitos, como, por ejemplo, que el tribunal no reconociera a la inversión como cubierta por el AII, que declarara que no se había violado el estándar de TJE, o que, a pesar de hacerlo, debido a la mala conducta del inversionista, el monto de la compensación fuera proporcionalmente reducido.

Las anteriores posibilidades no son las únicas que tiene el Estado cuando la conducta del inversionista es evidentemente gravosa y lesiona sus intereses, ya que este se encuentra legitimado para interponer una demanda de reconvencción, siempre y cuando se cumpla

³² El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) adoptan cláusulas de este tipo.

con los requisitos mencionados a fin de solicitar al tribunal arbitral que se declare la⁸⁵ violación de ciertas obligaciones por parte del inversionista y el pago de una compensación por los daños que de esta conducta se hayan producido, entre otras peticiones que el demandado pueda solicitar. Es decir, que incluso en el supuesto que a un inversionista se le permita presentar una reclamación aun cuando este haya cometido violaciones de derechos humanos en el Estado anfitrión, a este último se le permite presentar reclamaciones en base a esta última situación en una demanda de reconvención (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 595).

A pesar de que esta opción existe, su viabilidad no siempre es muy clara y quizá en algunas ocasiones ni siquiera es contemplada por los Estados, quienes son los únicos legitimados para interponerla, ya que la misma no puede ser incluida de oficio por el tribunal arbitral, so pena de anulación por laudo ultra petita. Un claro ejemplo de lo anterior se reflejó en el caso *Sempra v. Argentina*, donde la demandada se quejó de la falta de diligencia y buena fe del inversionista, de las ganancias excesivas, el incumplimiento de los compromisos contractuales y del marco regulatorio. El tribunal arbitral que conoció del asunto estableció que a pesar de que eventuales reclamaciones por parte del Estado podrían haber estado dentro de su jurisdicción y que pudieron haber resultado en violaciones del tratado, ello no fue posible dado que el demandado, teniendo derecho a presentar una contrademanda, no lo hizo (Schreuer et al., 2009 p.735).

Particularmente, el laudo manifestó que en la medida en que “cualquiera de dichas materias estuviera comprendida dentro de la competencia del Tribunal para decidirla y pudiera haberse traducido en un incumplimiento del Tratado, la Demandada tendría derecho a presentar una reconvención”. Y que a pesar de ser excepcionales los casos en que ello ocurre, “nada impide su ejercicio en virtud de las disposiciones del Artículo 46 del Convenio y de la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI”, a pesar de lo cual tal derecho no fue ejercido en el referido caso (CASO No. ARB/02/16, 2007 p. 294).

El caso de alegaciones sobre violación a los derechos humanos ante tribunales CIADI ha sido un camino bastante complejo, y en numerosas ocasiones los árbitros han declarado falta de jurisdicción. Por ejemplo, en el asunto *Biloune v Ghana*, el tribunal se declaró incompetente para conocer sobre los daños morales causados por violación de los derechos humanos al inversionista, lo cual refleja que, sin importar la parte que los invoque, hay una alta probabilidad de que sean rechazados. Esta situación también se

refleja en el caso de las demandas de reconvención, donde los argumentos sobre⁸⁶ derechos humanos son poco comunes y muy probablemente infructuosos. Las dificultades en la conexión entre estas áreas complica aún más el panorama de los problemas propios de la reconvención (Kryvoi, 2011 p. 12-13).

Las demandas de reconvención propuestas por los Estados, basadas en la conducta del inversionista, también pueden potencialmente estar basadas en argumentos sobre derechos humanos, en el entendido por ejemplo que este último esté obligado a cumplir ciertas obligaciones en esta materia, ya sean provenientes de un contrato, o al establecer u operar una inversión que violaba el derecho interno o internacional que incorporan deberes de derechos humanos para el sector privado (Kube & Petersmann, 2016 p. 4).

Al respecto, se debe recordar que son muy pocos los AII's que establecen la obligación expresa de respetar los derechos humanos. Dependiendo de la parte donde esté contemplada dicha obligación, ya sea en el preámbulo o en las cláusulas dispositivas, hay distintas consecuencias o implicaciones en torno a su invocación. En ese sentido, los ejemplos más relevantes son el modelo TBI de 2015 de Noruega, y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá de 2017³³, los cuales incluyen disposiciones que vinculan directamente a los derechos humanos en las disposiciones del respectivo tratado. Debido a la poca frecuencia con que esto ocurre, son muy pocos los casos de demandas reconvencionales que pueden ser incoados en virtud de este tipo de obligaciones estipuladas en AII's.

En consecuencia, los Estados pueden interponer demandas de reconvención basadas en la violación de derechos humanos por parte del inversionista en función a los requisitos contemplados en el Convenio CIADI, incluyendo, en lo relativo al consentimiento, la posibilidad de recurrir a lo establecido como ley aplicable en la cláusula de solución de controversias del instrumento jurídico que sirvió como base del reclamo principal. En este sentido, cuando los tratados incluyen disposiciones con un lenguaje amplio o flexible, por ejemplo, con referencias a “disputas respecto a inversiones”, “todas las disputas”, “cualquier disputa” o “cualquier disputa legal”, dicha redacción podría servir para que el

³³ Las disposiciones relevantes de estos tratados fueron citadas en el capítulo 1 (sección 1.1.1), y servirían de fundamento para interponer una demanda reconvencional, pues las mismas hacen referencia directa a los derechos humanos.

tribunal arbitral declare que tiene jurisdicción y pueda conocer la demanda⁸⁷ reconvenicional (Dumberry & Dumas-Aubin, 2012 p. 358-361).

Existen casos en los que la ley aplicable no está expresamente referida en el tratado, motivo por el cual el Convenio CIADI, en la sección facultades y funciones del tribunal, prevé en su artículo 42.1 que:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

A la luz de estas consideraciones, los tribunales arbitrales podrían ser competentes sobre una demanda de reconvenición basada en violaciones a derechos humanos cometidas por inversionistas en el contexto de la inversión siempre y cuando el AII contemple obligaciones en ese sentido, contenga una cláusula de solución de controversias suficientemente amplia, o incluya el derecho internacional como la ley aplicable, ya sea de manera expresa o, a falta de ello, en virtud del artículo 42 del Convenio CIADI (Dumberry & Dumas-Aubin, 2012 p. 367), asumiendo como premisa que el derecho internacional incluye obligaciones en materia de derechos humanos entre las cuales se encuentra el derecho al agua.

Existen posiciones que discrepan sobre la viabilidad de interponer una contrademanda basada en el derecho internacional, partiendo del entendimiento que este no impone obligaciones vinculantes a las personas jurídicas, motivo por el cual, bajo esta óptica solo es posible que la reconvenición se fundamente en el supuesto incumplimiento por parte de un inversionista de las leyes nacionales del Estado anfitrión o de un contrato de inversión. Sin embargo, existe duda sobre si las cláusulas amplias de resolución de controversias posibilitan ampliar la jurisdicción a este último caso (Farmer, 2016 p. 22, 24).

En general, no existe un modelo ideal y se podría considerar que solo una muy pequeña lista de tratados³⁴ imponen obligaciones vinculantes para los inversionistas en materia de

³⁴ Tales como el modelo de TBI de 2015 de Noruega, el TLC entre la Asociación Europea de libre comercio y Singapur de 2002 y el referido Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá de 2017.

derechos humanos, y otros³⁵ que permitirían que los Estados puedan interponer⁸⁸ demandas reconventionales. Sin embargo, surge el problema de hasta donde realmente estos instrumentos consignan deberes para las empresas, pues en su mayoría han sido elaborados para otorgarle derechos a las personas naturales. En este sentido, iniciativas como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2005³⁶ y los Principios Rectores de Ruggie de 2008³⁷ parecen más adecuadas, ya que abordan específicamente las actividades corporativas (Dumberry & Dumas-Aubin, 2014 p. 597).

Tomando ello en consideración, los siguientes subcapítulos van a tratar las posibilidades para interponer demandas reconventionales basadas tanto en contratos como en el derecho internacional, con el fin de que argumentos sobre el derecho al agua puedan ser invocados ante los tribunales arbitrales de inversiones, con especial énfasis en el fallo del caso Urbaser v. Argentina de 2016, en el cual por primera vez se aceptó la posibilidad de interponer una demanda de reconvencción en el CIADI referida al derecho al agua con fundamento en el derecho internacional.

3.1. Demandas reconventionales basadas en contratos

Cuando el alcance de la disputa queda sometido, entre otros aspectos, a la jurisdicción *ratione materiae* que emana del AII, este factor va a tener una implicación directa en la posibilidad de interponer una demanda de reconvencción. A tal efecto, la cláusula de

³⁵ Entre ellos, los AIIS que contemplan cláusulas inclusivas que se refieren a cualquier tipo de disputa relacionada con la inversión, como el TBI entre Países Bajos y República Checa de 1991, que en su Artículo 8 establece: “Todas las disputas entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante con respecto a una inversión de esta última se resolverán de manera amistosa, si es posible”. O como se expresó anteriormente, mediante la formulación expresa que contempla el derecho a la reconvencción en el citado artículo 28.9 del COMESA.

³⁶ El Pacto Mundial (Global Compact) es una iniciativa internacional propuesta por las Naciones Unidas con el objetivo alinear las estrategias y operaciones con los principios universales sobre derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anticorrupción, y tomar medidas que promuevan los objetivos sociales. En todo el mundo están adheridas a esta iniciativa más de 9,933 compañías de 160 países. Ver más en <https://www.unglobalcompact.org>

³⁷ Marco de "protección, respeto y reparación" de la ONU y principios rectores, propuesto en 2008 por El Representante Especial de la ONU, John Ruggie, sobre negocios y derechos humanos al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que se basa en tres pilares: el deber del Estado de protección contra los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos; y el mayor acceso de las víctimas a un recurso efectivo, tanto judicial como no judicial. El Consejo de Derechos Humanos aprobó por unanimidad el Marco en 2008. Ver más en https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf

solución de controversias del AII debe ser suficientemente amplia para incluir⁸⁹ obligaciones del inversionista que puedan formar la base legal de una controversia basada en una inversión protegida, siendo muy importante que no se impida expresamente al tribunal aplicar leyes contractuales. Otro aspecto a tener en cuenta es si el contrato está sujeto a una cláusula de selección del foro (Farmer, 2016 p.23), pues en tal caso para poder acudir por vía del CIADI se tendría que renunciar a otra vía que pudiera estar estipulada en el AII, según será abordado más adelante.

Por ahora, se debe recalcar que una buena parte de las disputas inversionista- Estado han surgido en base a contratos, y que la diferencia que radica entre estos instrumentos y los AII es que, en los primeros, al ser acuerdos sinalagmáticos que relacionan directamente al Estado con el inversionista, contemplan tanto derechos como obligaciones para ambas partes, las cuales indistintamente pueden iniciar procedimientos de resolución de conflictos. Ante esto, la pregunta importante que se debe hacer es si los contratos pueden ser considerados como parte de la ley aplicable por un tribunal CIADI. En ese sentido, y como ya se ha visto, dicha situación es posible en base al consentimiento de las partes y conforme al artículo 42 del Convenio CIADI. A su vez, ha de tenerse en cuenta que tal escenario no es exógeno al arbitraje internacional de inversiones, pues dicho mecanismo de solución de controversias estuvo por mucho tiempo relacionado con contratos internacionales, e, incluso cuando el Convenio CIADI fue adoptado, se pensó aplicar dicho tratado fundamentalmente a los contratos entre inversionistas y Estados y no a los tratados de inversiones, toda vez que cuando el Convenio CIADI fue celebrado en 1965 no existían TBIs que contemplaran el arbitraje inversionista-Estado como medio de solución de controversias (Kryvoi, 2011 p. 27).

Dentro de los acuerdos más comunes celebrados entre inversionistas extranjeros y Estados, se incluyen, entre otros, el contrato de privatización, el contrato de concesión y el contrato de licencia. En el capítulo anterior se estableció que principalmente en Latinoamérica, a finales del siglo pasado, existió una ola de privatizaciones y concesiones de servicios públicos, tales como el de agua y saneamiento, cuya prestación pasó en su mayoría de manos de entidades estatales a empresas inversionistas extranjeras, producto de lo cual se interpusieron un gran porcentaje de los 32 casos que en torno a este sector económico se han registrado a nivel del CIADI.

Asimismo, si bien es posible que los AII cubran las disputas emanadas de contratos,⁹⁰ esta no es la regla general. En ese sentido, estos tratados no pueden cubrir *per se* los incumplimientos que surjan con motivo de obligaciones contractuales por parte del inversionista en aras de plantear una demanda reconvenzional, toda vez que esta debe estar amparada en una cláusula de jurisdicción suficientemente amplia en cuyo marco concurren los siguientes elementos: que el contrato esté relacionado con la inversión, que se trate de un contrato celebrado por el propio Estado y no por una entidad legal separada, controlada por este o por un tercero; y, finalmente, que el contrato no estipule su propia cláusula de resolución de conflictos (Kryvoi, 2011 p. 27-28).

En las disputas inversionista-Estado, tradicionalmente los tribunales arbitrales no han encontrado problema alguno en aceptar demandas reconvenzionales cuando la demanda inicial promovida por el inversionista se encontraba fundamentada en un contrato previo celebrado entre este y el respectivo Estado que incluía una cláusula arbitral (Farmer, 2016 p. 22), siempre que se cumplieran con los requisitos establecidos para la demanda de reconvencción propiamente dicha.

Por otro lado, para ampliar la jurisdicción de los tribunales del CIADI a este respecto, es posible recurrir también a la denominada “cláusula paraguas” contemplada en algunos AII, la cual típicamente establece que "cada parte cumplirá con cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones", y que tiene como propósito garantizar que los contratos y otras obligaciones asumidas respecto de la inversión sean respetados, motivo por el cual suele relacionarse con el principio del *pacta sunt servanda*. En general, a tenor de esta cláusula, la violación de las obligaciones contractuales puede asumirse como la violación del acuerdo de inversiones (Kryvoi, 2011 p. 28).

La cláusula paraguas, su naturaleza y efectos no están del todo delimitados. Algunos interpretan que se trata de proteger los derechos contractuales de los inversionistas contra cualquier interferencia que pueda provenir de la simple violación del contrato o que se dé a través de medidas legislativas o administrativas del Estado. Sin embargo, no existe claridad suficiente sobre si estas cláusulas elevan las violaciones contractuales a violaciones de los tratados automáticamente. (Kryvoi, 2011 p. 28).

En ese sentido, es menester mencionar que respecto a la cláusula paraguas existe una legítima preocupación de que cualquier reclamación contractual pueda ser llevada a la

jurisdicción arbitral o que termine incidiendo en el arbitraje de las inversiones de⁹¹ manera que los estándares de los AII se vuelvan superfluos frente a la invocación indiscriminada de la violación de cualquier compromiso asumido con el inversionista, motivo por el cual los Estados han abogado por favorecer la interpretación estricta de estas cláusulas y de no extender tan fácilmente la jurisdicción arbitral. En principio, las obligaciones puramente contractuales no caen en la jurisdicción CIADI basada en AII, a menos que estos contemplen una cláusula paraguas, aunque en algunos casos, en ausencia de estas, las obligaciones contractuales se puedan llegar a considerar cuando la disposición sobre ley aplicable del tratado es tan amplia que así lo permita (Kryvoi, 2011 p. 29, 30).

En materia jurisprudencial, el tribunal en *Enron v. República Argentina*³⁸ consideró que el significado ordinario de la frase “cualquier obligación”³⁹ de la cláusula paraguas incluía tanto obligaciones contractuales como legales contraídas en inversiones. Por su parte, en *Sempra v. República Argentina*⁴⁰, el tribunal distinguió entre "infracciones comerciales ordinarias de un contrato" e "infracciones de tratados", estableciendo que solo estas últimas caerían dentro del alcance de una cláusula paraguas, y que dicha distinción se debía realizar con el propósito de evitar extender indefinida o injustificadamente la cláusula paraguas. A su vez, en *Impregilo v. Pakistán*⁴¹, el Tribunal declaró que la cláusula paraguas no cubría los contratos celebrados entre el inversionista extranjero y una entidad legal distinta al Estado (Kryvoi, 2011 p.29).

En términos generales, es relevante tomar en consideración la cláusula paraguas pues, de existir obligaciones contractuales relativas al agua por parte del inversionista, el Estado podría en virtud de la referida cláusula interponer una demanda reconventional a propósito del incumplimiento de dicho contrato, toda vez que tal acuerdo estaría contemplado dentro del derecho aplicable a la controversia por parte del tribunal arbitral CIADI, y, en ese sentido, el Estado podría alegar la violación del respectivo AII.

³⁸ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007.

³⁹ El Artículo II (2) (c) del TBI entre Estados Unidos y Argentina firmado el 14 de noviembre de 1991 y que entró en vigencia el 20 de octubre de 1994, establece: "Cada Parte deberá cumplir cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones".

⁴⁰ *Sempra Energy International v. Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/02/16, Laudo 28 septiembre de 2007.

⁴¹ *Impregilo S.p.A. v. Paquistán*, Caso del CIADI No. ARB/03/3, Decisión de Jurisdicción del 22 de abril de 2005.

En cuanto a la pregunta que se hizo relativa a la cláusula de selección del foro, es decir, que en el contrato se establezca un artículo que indique en qué foro se van a solucionar las eventuales controversias que surjan, habría que señalar que, si en este se estipula otro foro diferente al CIADI, un tribunal conformado en este ámbito tendría que declinar su jurisdicción y no podría conocer del asunto. Esto ocurrió en los casos *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*, en los cuales se estableció que las reclamaciones contractuales no podían ventilarse en el ámbito del CIADI infringiendo la cláusula de jurisdicción exclusiva aplicable y, en última instancia, el principio de *pacta sunt servanda*. Sin embargo, el tribunal podía considerar dichas reclamaciones en el caso en que aspectos del AII y del contrato relativos a la controversia fueran muy difíciles de distinguir, considerando los principios de economía procesal y equidad. (Farmer, 2016 p. 33).

Ahora bien, a propósito de la viabilidad de plantear demandas reconventionales basadas en contratos, es importante citar el caso *Burlington v. Ecuador* (Decisión sobre reconversiones) donde el demandado interpuso dos tipos de reconversiones. Por un lado, y que resulta más relevante para la presente investigación, una demanda reconventional relativa a daños ambientales dentro de las cuales se encontraba el caso de la contaminación del suelo y de las aguas subterráneas. Por otro lado, reconversiones en materia de infraestructura. Cabe destacar que en el procedimiento se realizaron incluso visitas *in situ* para las determinaciones relativas al primer caso.

En el referido proceso, Ecuador solicitó que se declare como responsable a Burlington y, como consecuencia de las violaciones cometidas, se le obligue a pagar una indemnización por daños a Ecuador por la cantidad de 2.797.007.091,42 USD, con el fin de proceder a la restauración integral del ambiente en la región amazónica ecuatoriana. La reclamación pecuniaria se divide en : USD 2.507.107.626 por remediación de suelos, USD 265.601.700 por remediación de aguas subterráneas, USD 3.380.000 para completar estudios de aguas subterráneas, USD 3.500.000 por el abandono de los pozos en el Bloque 7, y USD 17.417.765,42 por el daño a la infraestructura, más intereses y costas (Caso CIADI N° ARB/08/5, 2017 p. 35-36).

En este caso es de resaltar que, por acuerdo entre las partes, no se impugnó la jurisdicción del tribunal en aras de “garantizar la máxima economía y consistencia judicial”. El tribunal se declaró competente conforme al cumplimiento de los requisitos establecidos

en el artículo 46 del Convenio CIADI, al estimar que las reconvenciones se⁹³ relacionaban directamente con la diferencia que surge de la inversión de Burlington, estaban dentro del consentimiento de las partes, y recaían dentro de la jurisdicción del CIADI según el artículo 25 de su Convenio constitutivo. Asimismo, se consideró que las reclamaciones se sitúan dentro de la ley aplicable en virtud del artículo 42.1 del Convenio CIADI, concretamente, en el marco de la ley ecuatoriana y aquellas normas de derecho internacional aplicables. Asimismo, los árbitros se basaron en los contratos celebrados entre el Ecuador y Burlington para la interpretación de las obligaciones asumidas por el consorcio en términos de gestión ambiental (Caso CIADI N° ARB/08/5, 2017 p. 39-45, 97-98).

Finalmente, en el respectivo laudo, el tribunal decide otorgar un total de USD 41.776.492,77 en relación con las reconvenciones de Ecuador, dicho valor comprende : USD 39.199.373 por las reconvenciones ambientales y USD 2.577.119,77 por las reconvenciones relacionadas con la infraestructura; el laudo se emite con efecto de cosa juzgada y con la renuncia por parte de Ecuador de ejercer acciones futuras (Caso CIADI N° ARB/08/5, 2017 p. 475-476). Más allá de las cifras, este caso reviste especial importancia por las consideraciones del tribunal en su razonamiento tanto para admitir, como para ubicar y utilizar diversas fuentes de derecho aplicable que fueron trascendentales para fallar a favor del Estado.

A partir de las consideraciones esgrimidas en esta sección, es posible concluir que, si se cumplen los requisitos anteriormente señalados, sería posible interponer contrademandas inspiradas en obligaciones contractuales de las inversiones referidas a los derechos humanos, lo que incluye la posibilidad de plantear reconvenciones basadas en el derecho al agua.

3.2. Demandas reconvencionales basadas en fuentes del derecho internacional

Como ha sido anteriormente señalado, algunos AII's incluyen expresamente el derecho internacional como parte del derecho aplicable. Sin embargo, en ausencia de una disposición en ese sentido, cabría aplicar el antes citado artículo 42 del Convenio CIADI, el cual dispone como regla supletoria que el tribunal aplicará las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables, lo que nos lleva a la necesidad de determinar

cuáles son las fuentes de derecho internacional que podrían ser invocadas en un⁹⁴ arbitraje CIADI.

Al respecto, el reporte de los Directores Ejecutivos del CIADI establece que el concepto de derecho internacional tiene el mismo sentido que el del artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (Kryvoi, 2011 p. 18), el cual establece:

Artículo 38

- I. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Debido a esto, algunos tribunales CIADI han acudido a otros tratados, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 o el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos de 1950; a la costumbre internacional, como el requisito del agotamiento de recursos internos para acceder a una jurisdicción internacional o la protección contra el trato discriminatorio; así como a los principios generales del derecho, que son útiles para determinar las obligaciones de sujetos no estatales, como es el caso de los inversionistas, y cuyo proceso de formación es más flexible en tanto pueden surgir de la ley local o de la práctica de las organizaciones internacionales, entre otros, e incluyen aspectos relevantes para el arbitraje como la restitución integral, el *pacta sunt servanda* y la excepción de incumplimiento contractual, siendo probablemente el principio de buena fe el más importante (Kryvoi, 2011 p.18-22).

Estas remisiones ocurren debido a las limitaciones para encontrar obligaciones directas a cargo de los inversionistas en los AII, que son la primera y principal fuente en los arbitrajes internacionales de inversión. En efecto, como se ha recalado, los AII en su mayoría otorgan derechos a los inversionistas y contemplan obligaciones de los Estados. En las pocas ocasiones donde se refieren a los deberes de los inversionistas, la regla es

que las obligaciones directas recaigan en los Estados en términos de regular la conducta⁹⁵ o actividad de los inversionistas, mientras que en otros casos puede contemplarse un lenguaje exhortatorio o no vinculante en relación con obligaciones de los inversionistas. De manera más reciente, existen algunos AIIs que establecen obligaciones directas a cargo de los Estados que específicamente incluyen el respeto a los derechos humanos a través del poder regulatorio del Estado, que pueden servir de contrapeso o justificación para los Estados al momento de sustentar determinadas medidas en materia de derecho al agua. Al mismo tiempo, como se verá más adelante, algunos Estados han empezado a considerar en sus AIIs obligaciones directas de los inversionistas en materia de derechos humanos, lo que sin duda constituye una gran posibilidad para que en el futuro puedan plantearse más demandas de reconvención en base a AIIs.

Dentro de aquellos AIIs que impiden o limitan la posibilidad a los Estados de actuar como reclamantes en una disputa, y que no se refieren expresamente a las demandas de reconvención, se pueden encontrar el capítulo 11 del NAFTA⁴², el modelo de TBI de los Estados Unidos de 2012⁴³ y el Acuerdo Económico y Comercial Global⁴⁴ (AECG) entre la UE y Canadá, donde el Estado es identificado como el demandado.

⁴² En este punto vale la pena mencionar que, si bien el NAFTA ha sido citado en otros acápite de la presente investigación respecto a la adopción de medidas para la protección de los derechos humanos, este tratado no permite la interposición de una demanda de reconvención, pues los artículos relativos a la reclamación y sometimiento a arbitraje (artículos 116, 117, 119 y 120) establecen que es el inversionista y no el Estado quien puede plantear una reclamación arbitral. .

⁴³ El artículo 1 de dicho modelo define como “Reclamante” al inversionista de una Parte que es parte en una disputa de inversión con la otra Parte, mientras que el artículo 24 señala que “El reclamante ... puede someter a arbitraje conforme a esta Sección un reclamo: que el demandado ha incumplido...”. En ese sentido, debido al uso del lenguaje de dicho instrumento, se podría inferir que el mismo excluye la posibilidad de que el Estado pueda fungir como reclamante. Asimismo, el texto no contempla expresamente la interposición de demandas de reconvención.

⁴⁴ El artículo 8.1 define como “demandado” a “Canadá o, en el caso de la Unión Europea, bien el Estado miembro de la Unión Europea o bien la Unión Europea, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.21”; como “parte en la diferencia” se considera “o bien el inversor que inicia un procedimiento con arreglo a la sección F, o bien el demandado”; y, como “partes en la diferencia”, “tanto el inversor como el demandado”. De igual manera, el artículo 8.23 referido a la “Presentación de una demanda ante el tribunal” contempla que: “1. En caso de que una diferencia no se haya resuelto mediante consultas, podrán presentar una demanda con arreglo a la presente sección: a) un inversor de una Parte en su propio nombre; o b) un inversor de una Parte, en nombre de una empresa establecida localmente que sea de su propiedad o que controle directa o indirectamente (...)”. Todo ello permite entender que únicamente el inversionista tiene derecho a reclamar y se limita la jurisdicción arbitral a los reclamos por incumplimiento de las obligaciones del Estado.

Por otro lado, y en contraste con estos AII, el Acuerdo de Promoción, Protección y⁹⁶ Garantía de Inversiones entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica OIC de 1981 contempla en su artículo 9 que el inversionista está obligado por las leyes y regulaciones vigentes en el Estado anfitrión y se abstendrá de realizar cualquier acto que pueda perturbar el orden público o la moral o que pueda ser perjudicial para el interés público. También debe abstenerse de ejercer prácticas restrictivas y de tratar de lograr ganancias a través de medios ilegales (Organisation of the Islamic Conference, 1981 p. 245). Esta disposición podría ser entendida como una cláusula paraguas invertida, en términos que expande la jurisdicción del CIADI, incluyendo obligaciones de los inversionistas basadas en las leyes y regulaciones vigentes del Estado receptor, de la misma manera que incorpora provisiones expresas sobre las demandas de reconvencción.

Asimismo, puede mencionarse el tratado de inversiones para el Mercado Común de África Oriental y Austral COMESA (Popova & Poon, 2015 p. 239-243), el cual establece en su artículo 28 la posibilidad de plantear demandas de reconvencción por parte del Estado. A su vez, el modelo TBI 2012 de la Comunidad de Desarrollo del África Austral incluye, en la parte III, relativa a derechos y obligaciones de los inversionistas y el Estado, obligaciones sobre derechos humanos en el artículo 15, el cual establece que ni los inversionistas ni sus inversiones realizarán ni harán que se realicen actos que violen los derechos humanos, y no ayudarán ni serán cómplices en la violación de aquellos por parte de otras personas en el Estado anfitrión, incluidas las autoridades públicas o durante conflictos civiles; mientras que el artículo 19 de dicho modelo establece la posibilidad de plantear demandas de reconvencción.

Por otro lado, también se debe hacer alusión a que, cuando con ocasión de una cláusula arbitral amplia se pretende interponer una demanda reconvenccional, las posibilidades son limitadas a su vez por el consentimiento, el cual va a estar supeditado a la aceptación de inversionista, pues este lo puede circunscribir a ciertos temas, situaciones o procedimientos, así como por el hecho que se requiere que las demandas principal y reconvenccional estén íntimamente relacionadas (Schreuer et al., 2009 p. 756).

Con estas precisiones, se analizará a continuación el caso Urbaser S.A. contra Argentina (CIADI ARB/07/26), en el cual por primera vez en la historia del CIADI se plantea una demanda reconvenccional basada en el derecho internacional al agua, por lo que su estudio es fundamental para la presente investigación con miras a entrever no solo el caso en

concreto, sino también las posibilidades o requisitos que tanto formal como⁹⁷ sustantivamente deben existir para que alegaciones de este tipo se puedan dar en el futuro ante otros tribunales CIADI.

El caso comienza con la reclamación del inversionista ante el CIADI fundamentado en el TBI Argentina-España de 1991, alegando que el Estado violó ciertas obligaciones contempladas en dicho instrumento, tales como la prohibición de medidas injustificadas o discriminatorias, expropiación y el estándar de tratamiento objeto de estudio en esta tesis, el trato justo y equitativo. El inversionista aseveró que dichos estándares fueron vulnerados con las medidas de emergencia tomadas por Argentina en la renegociación del contrato de concesión luego de la aguda crisis económica de 2001. Argentina, a su vez, interpuso una demanda de reconvención contra la empresa basada en el artículo 46 del Convenio CIADI y el artículo X del TBI aplicable, alegando que el reclamante tenía la obligación internacional de observar los derechos humanos y que, al no garantizar el suministro de agua y saneamiento prometido, los inversionistas habían violado obligaciones internacionales, a saber, el derecho a la salud, al medio ambiente, al agua y al saneamiento (Abel, 2018 p. 7).

En esta última demanda se analiza si en las empresas concesionarias de la red de distribución de agua potable y saneamiento recaían o no obligaciones en materia de derechos humanos, ante lo cual el tribunal establece que es a los Estados a quienes les compete generar políticas de respeto a los derechos humanos, y en particular al derecho humano al agua, pero que sobre las empresas recae una obligación de no hacer, es decir, de no interferir con el pleno goce de estos derechos, la cual tiene plena vigencia incluso estando por fuera del ámbito contractual o de los TBI, lo que motivó que el tribunal se declare competente para conocer del asunto. No obstante, el tribunal desestimó la reconvención argumentando que Argentina no había probado de forma suficiente que la empresa hubiera violado sus obligaciones de no hacer (Echaide, 2017 p. 87).

A propósito de los argumentos de Argentina, dicho Estado sugería que existía una violación de una “obligación positiva de hacer” a cargo del inversionista, en términos de brindar acceso al agua, la cual no se encuentra establecida en el derecho humano al agua, pero podría provenir del contrato. El tribunal rechazó tanto la demanda de reconvención como la reclamación principal. Sin embargo, lo importante son las novedosas conclusiones que logra desarrollar el tribunal, no solamente estableciendo que la

naturaleza del arbitraje internacional de inversiones no excluye la posibilidad de la⁹⁸ aplicación de normas de otras ramas del derecho internacional, sino también afirmando que las empresas pueden estar sujetas al derecho internacional, sosteniendo incluso que sobre las mismas pesa la obligación negativa de no interferir con los derechos humanos de terceras personas (Abel, 2018 p. 8).

Así las cosas, este laudo de 2016 demostró que un tribunal arbitral CIADI puede tener competencia para conocer demandas reconvencionales basadas en el TBI aplicable, y, concretamente, en el derecho internacional general en tanto ley aplicable a la controversia, lo cual permite establecer un puente con las normas internacionales de derechos humanos (Echaide, 2017 p. 92). En cuestiones de admisibilidad y jurisdicción, también es importante señalar que la cláusula del TBI aplicable no especificaba que era el inversionista quien podía elevar una reclamación, sino que otorgaba a “cualquier parte” esta posibilidad. Asimismo, el tribunal concluye que el inversionista, al momento de aceptar la oferta dada por el Estado, había aceptado la jurisdicción implícita para que el tribunal conociera de demandas de reconvención, rechazando las alegaciones sobre consentimiento expreso en este sentido. (Abel, 2018 p. 9).

Como se estableció al inicio de este capítulo, la gran mayoría de este tipo de demandas no ha sido exitosa. En 2015, de los 28 casos públicos que había, solo 4 demandas reconvencionales fueron parcialmente decididas a favor, mientras que la gran mayoría no lograron pasar de las cuestiones de jurisdicción, basadas en AIIs que excluían este tipo de acciones. Los obstáculos principales de los AIIs se dan por la limitación de reclamaciones únicamente formuladas por el inversionista, por excluir la ley local del Estado anfitrión y por no imponer obligaciones al inversionista. (Popova & Poon, 2015 p. 226-228).

Dentro de todas las conclusiones anteriormente señaladas sobre el referido caso y que son relevantes para esta investigación, por una parte se da la evaluación de los presupuestos de admisibilidad de la demanda de reconvención, en cumplimiento de lo señalado en el respectivo AII y en el convenio CIADI; asimismo, el reconocimiento que hace el tribunal del derecho al agua como parte del derecho internacional aplicable, para lo cual se tomó como sustento el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, más concretamente, el comentario general número 15 mencionado en el primer capítulo, sobre el derecho a un nivel de vida adecuado y saludable, y a una vivienda alimentación adecuadas, entre otros; así como otros instrumentos como la Resolución 64/292 de la

Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se reconoce explícitamente que⁹⁹ el derecho humano al agua y al saneamiento es esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Finalmente, merece destacarse el razonamiento del tribunal respecto a la interpretación de dichos instrumentos, en términos que concluye que existen obligaciones sobre los entes privados, es decir, las empresas, como es la obligación negativa de no interferir con el derecho de terceros.

También es importante considerar las críticas que se desprenden del razonamiento del tribunal arbitral, particularmente en lo relativo al obstáculo fundamental de la jurisdicción del tribunal referido a si las violaciones de derechos humanos por parte del inversionista representan una disputa en conexión con una inversión tanto en los términos del TBI España- Argentina como del numeral 1 del art 25 del Convenio CIADI. Ello presupone analizar la cuestión de si los inversionistas tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, de ser el caso, si la violación de estas estaría bajo la jurisdicción del tribunal, interrogantes que fueron resueltas positivamente de manera *prima facie* por el tribunal, dejando su análisis para el fondo del asunto donde se argumenta la existencia de obligaciones de los actores privados a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, aun cuando ciertamente se discute su existencia en la actualidad, pues aun no existen por ejemplo tratados vinculantes que así lo estipulen respecto de las personas jurídicas. En ese sentido, para algunos autores la conclusión a la que arribó el tribunal, relativa a la obligación negativa o de no hacer en cabeza de las corporaciones sobre derechos humanos, parecería partir de un supuesto erróneo, pues no existe ninguna base sustantiva ni en el TBI ni en el derecho internacional que así lo establezca (Abel, 2018 p. 9-12).

A nivel universal, el tema de la creación de obligaciones de derechos humanos a cargo de corporaciones transnacionales solo está siendo discutida por el Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos de la ONU⁴⁵, sin ningún resultado

⁴⁵ Creado mediante Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas A/HRC/RES/26/9 del 14 de julio de 2014, en el 26º periodo de sesiones, según la cual se “1. Decide establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.

concreto hasta el momento, motivo por el cual tanto los principios Ruggie⁴⁶ como la¹⁰⁰ Observación general número 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU han señalado que las empresas solo tienen obligaciones no vinculantes y estándares voluntarios en lo que respecta a los derechos humanos (Abel, 2018 p. 18).

Por esta razón parecería infundado el razonamiento del tribunal que establece y posiciona el derecho humano al agua a nivel del derecho internacional. En ese sentido, se hace un llamado a recordar que “el CIADI no es un centro de arbitraje en materia de derechos humanos y desconoce ‘al menos de una forma vinculante’ la jurisprudencia habida en la materia que además resulte aplicable a casos en que estos derechos son violentados por empresas extranjeras inversionistas en el territorio del Estado huésped”, y que, si bien los derechos humanos son normas internacionales objetivas que imponen obligaciones erga omnes y obedecen al interés de la comunidad internacional (Echaide, 2017 p. 92), no se puede desdibujar la división entre obligaciones vinculantes y no vinculantes a efectos de invocar disposiciones en materia de derechos humanos.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación los artículos 5.1 y 11.1 (donde se incluye implícitamente el derecho al agua) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo análisis fue determinante para la conclusión a la que llegó el tribunal arbitral. Dichas disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 5

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”

⁴⁶ Los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'", que fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General (John Ruggie) para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. El Representante Especial adjuntó los Principios Rectores a su informe final presentado al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), que también incluye una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. (Naciones Unidas, 1976).

El tribunal en el caso bajo análisis estableció una relación entre estas disposiciones en el sentido de desarrollar la obligación negativa del inversionista respecto del derecho humano al agua. Sin embargo, el artículo 5 parece más una disposición sobre el abuso del derecho, toda vez que su propósito es precisar que el alcance de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no abarca la protección de una invocación intencionalmente abusiva de los derechos humanos. Bajo esa perspectiva, dicho artículo no supone la creación de nuevas obligaciones internacionales de derechos humanos. En ese sentido, coincidimos con Patrick Abel en considerar que el tribunal no presentó un argumento convincente de por qué los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente el referido Pacto, crean obligaciones jurídicas vinculantes para actores no estatales (Abel, 2018 p. 19).

En consecuencia, podría decirse que hasta el momento no existen obligaciones internacionales vinculantes para las empresas respecto del derecho humano al agua. Sin embargo, el avance notable que da este laudo se centra en la existencia de la posibilidad de admitir argumentos relativos a derechos humanos al interior de una controversia inversionista-Estado, lo cual aunado a la evolución que se viene presentando en la nueva generación de AIIs, da una luz y colabora en la fijación de pautas para la interposición y tratamiento de demandas de reconvención, con la aclaración que el razonamiento de este laudo no constituye precedente obligatorio, pero puede servir como principio y guía para plantear ulteriores demandas reconvencionales ante el CIADI.

A la luz de estas consideraciones, resulta importante que cada régimen actúe dentro de su órbita y apegado a su mandato, objeto y fin, sin perjuicio de esperar que de su interrelación en áreas tan sensibles como el derecho al agua se pueda construir un camino de cooperación entre áreas comunes. A mayor abundamiento, no se podría pretender que el CIADI se instituya como una organización avocada enteramente a velar por la realización

de los derechos humanos. De lo que se trata es que los tribunales arbitrales CIADI no¹⁰² estén cerrados totalmente a la posibilidad de que, cuando las condiciones estén dadas y la situación lo requiera, puedan tomar en consideración argumentos relativos a derechos humanos en aras de cumplir con su mandato de procurar resolver pacífica y definitivamente una controversia vinculada a una inversión.

CONCLUSIONES

1. En función a poder demostrar el diálogo entre los regímenes del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de inversiones, la presente investigación se circunscribió al supuesto de arbitrajes CIADI donde el inversionista alega la vulneración del estándar de trato justo y equitativo y el Estado, como mecanismo de defensa, invoca consideraciones en materia del derecho al agua en diferentes escenarios, ya sea en la contestación de la demanda para rechazar la eventual violación de dicho estándar o reducir la compensación en el supuesto de haber determinado dicha violación, o como un fundamento que le permita inclusive plantear una demanda de reconvención por violación de obligaciones exigibles al inversionista.
2. Un primer aspecto a destacar es que, a mérito de la investigación realizada, es posible confirmar uno de los elementos principales de la hipótesis de este trabajo, pues se demostró que existen diversas vías en las que las obligaciones en materia de derechos humanos recogidas en distintas fuentes, bien sean derecho internacional, derecho contractual o derecho interno, son aplicables al arbitraje internacional de inversiones. Dicha posibilidad puede darse ya sea en función de una cláusula expresa en el AII que contemple este tipo de obligaciones, por remisión a instrumentos que las contengan, o a través de una cláusula amplia de la ley aplicable que permita al tribunal considerar distintas fuentes para admitir argumentos basados en tales obligaciones, poniéndose de relieve que incluso el mismo Convenio CIADI, en su artículo 42, contempla que es posible recurrir a las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables en una controversia..
3. Otra posibilidad para que los tribunales arbitrales consideren argumentos relacionados a la protección de los derechos humanos en sus decisiones viene dada por la integración sistémica en tanto medio de interpretación de los tratados, en virtud de la cual podrían traerse a colación normas de derecho internacional distintas a los AIIs que fueran relevantes para la interpretación de las disposiciones de un tratado de inversión.
4. En cuanto al reconocimiento del derecho al agua a nivel del derecho internacional, se ha podido constatar que este se vincula con el artículo 11 del PIDESC en virtud de

un comentario de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos humanos de¹⁰⁴ la Organización de las Naciones Unidas y una serie de resoluciones emanadas de la Asamblea General de esta misma organización, y que además está contemplado en otros tratados como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, un aspecto importante a tener en cuenta es que las obligaciones a este respecto no recaen en las corporaciones sino en los Estados. Esta situación podría revertirse si los Estados decidieran incorporar en sus AII's obligaciones referidas a derechos humanos que recaigan tanto en los Estados como en los inversionistas.

5. En el escenario actual, el mayor avance se ha dado más bien a propósito de AII's que contemplan aspectos vinculados a obligaciones de los Estados en materia de protección de los derechos humanos. El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá de 2017, por ejemplo, contiene una disposición expresa referida al derecho al agua. Asimismo, podría considerarse como alternativa que los AII's incluyeran disposiciones que hicieran referencia a instrumentos internacionales de *hard law* o de *soft law* relacionados con la protección de derechos humanos. Cabe destacar que la incidencia de incluir disposiciones en materia de derechos humanos en AII's sería mayor si ello se produjera en la parte dispositiva del tratado en vez que en el preámbulo, y si se utilizara a tal efecto un lenguaje vinculante en vez que exhortatorio.
6. Por otro lado, dependiendo del caso en concreto y las circunstancias que lo rodean, se ha podido evidenciar que por lo general los tribunales arbitrales CIADI enfrentan dificultades para basar sus decisiones en argumentos relacionados con la protección de los derechos humanos a fin de justificar medidas de los Estados que vulneren estándares de protección de la inversión extranjera, como es el estándar de trato justo y equitativo. Dichas dificultades se hacen más notorias en el supuesto de la invocación del derecho al agua respecto del cual, como ha podido observarse en este estudio, se discute su alcance y fuerza jurídica en el derecho internacional
7. En ese orden de ideas, se debe precisar que, para que el tribunal pueda legítimamente tener en cuenta consideraciones relativas al derecho al agua, la formulación del estándar de protección es determinante. En términos generales, y luego del estudio

que se hizo sobre la tipología del TJE, se considera que entre más preciso y¹⁰⁵ delimitado sea su formulación en un AII, menos riesgo hay de que las medidas regulatorias legítimamente tomadas por los Estados en función del derecho al agua puedan llegar a ser consideradas como violatorias del mismo, toda vez que se previenen interpretaciones expansivas sobre los derechos de los inversionistas y se aumenta la predictibilidad.

8. Al mismo tiempo, dentro de las implicaciones de la invocación del derecho al agua en la determinación de la violación del TJE, la conducta del inversionista resulta crucial, toda vez que del nexo causal y la proporcionalidad entre la conducta del inversionista y la medida adoptada por el Estado se puede llegar a determinar si esta última resulta justificable como reacción o sanción a dicha conducta, pudiendo incluso conllevar a que el Estado termine legítimamente la inversión sin violar el TJE.
9. En este trabajo se planteó también que teorías como la de la manos limpias pueden resultar de gran utilidad para decidir si admitir o no una reclamación, mientras que el recurso a las excepciones del tratado o, en su defecto, al estado de necesidad, resultan mucho más difíciles de sustentar debido a las dificultades probatorias que entrañan de cara a poder evitar la responsabilidad del Estado.
10. Por otro lado, se considera que cuando estos argumentos no son suficientes para que un tribunal arbitral llegue a declarar que no existió violación del estándar, los mismos pueden ser utilizados como una variable en la determinación de la compensación, la cual es a todas luces de suma importancia considerando los elevados montos que acarrearán los procedimientos arbitrales. En consecuencia, esta alternativa se configura como un escenario viable para buscar el balance entre las obligaciones referidas al TJE y el derecho al agua que son materia de esta investigación.
11. Respecto de la posibilidad de acudir a una demanda de reconvencción en el supuesto que en el inversionista recaigan obligaciones en materia del derecho al agua, cabe hacer algunas precisiones importantes. En primer lugar, que sí es factible sustentar este tipo de demandas con base en la invocación de tales obligaciones, siempre y cuando se configuren los requisitos de una demanda reconvenccional contemplados en el artículo 46 del Convenio CIADI, a saber, la conexión con la demanda principal, el consentimiento, y que se encuentre dentro de la jurisdicción del CIADI.

12. De las características más relevantes de las demandas reconventionales, vale mencionar que se trata de reclamaciones separadas o independientes. En consecuencia, a mérito de estas, los Estados reclaman una compensación pecuniaria propia, que incluso puede ser un monto mayor al de la demanda principal. Al mismo tiempo, se del referido artículo 46 del Convenio CIADI se desprende la obligación de los árbitros de pronunciarse sobre los aspectos contenidos en una demanda reconventional, que, para los efectos de este trabajo, podrían estar vinculados a los derechos humanos, lo cual no siempre ocurre cuando se trata de la determinación de la violación del TJE, pues en este último caso existe un margen más amplio de discrecionalidad del tribunal arbitral para considerar los argumentos de defensa del Estado.
13. Asimismo, vale decir que dicha demanda es viable siempre y cuando parta de una fuente concreta de obligaciones para el inversionista, y que de esta manera el Estado tenga cómo efectivamente probar que el inversionista ha incumplido tales deberes, los cuales principalmente pueden estar sustentados en fuentes contractuales como en el derecho internacional para llegar a ser aplicables al arbitraje de inversiones. Al respecto, referidos al derecho que se trabajó a lo largo de esta investigación, el derecho al agua, debe aclararse que en un primer momento existió más optimismo frente a la reconvencción basada en el derecho internacional, a raíz del caso Urbaser. Sin embargo, al trabajar y desarrollar dicho caso, se pudieron vislumbrar algunas limitaciones que en su momento no fueron tenidas en cuenta por el tribunal arbitral, pero que objetivamente pudieron encausar de manera distinta los argumentos de este.
14. En particular, es relevante destacar que no está en manos de un tribunal arbitral crear obligaciones jurídicas de derecho internacional si estas no están debidamente establecidas conforme a sus fuentes. En ese orden de ideas, se podría considerar que en el referido caso el tribunal en su interpretación creó una obligación en cabeza del inversionista en materia del derecho humano al agua, cuando en el estado actual de las cosas dicha obligación pareciera todavía no encontrar fundamento a nivel del derecho internacional general. Por ello, esta investigación considera que quizá un mejor punto de partida para sustentar este tipo de demandas sean lo AIIIs que contemplen obligaciones vinculantes de los inversionistas. En su defecto, debido al reducido número de tratados de inversión con esas características, lo más factible sería

recurrir a una fuente contractual, tomando en cuenta que nada impide que el¹⁰⁷ derecho aplicable en una controversia pueda comprender fuentes distintas al AII en virtud de una cláusula paraguas o de la disposición que establezca el derecho aplicable a la controversia.

15. Dentro de las fuentes contractuales, se encontró que en materia del derecho al agua la mayoría de casos que se han dado en este sector giran en torno a contratos donde se ha concesionado el servicio de agua y saneamiento. Además, por la misma naturaleza (bilateral y sinalagmática) de estos instrumentos, los mismos se pueden considerar como una de las mejores opciones para imponer obligaciones directas y vinculantes a los inversionistas, relativas pero no limitadas al costo, estabilidad de precios, acceso igualitario tanto al servicio como a fuentes alternativas de agua y prestación del servicio de forma continua y con parámetros de calidad y cantidad preestablecidos, así como a disposiciones relativas a la negociación, renegociación y rescisión del contrato y la obligación del monitoreo y control de la operación por parte del Estado.

Lista de referencias

1. CAPÍTULOS DE LIBRO Y ARTÍCULOS

- Abel, P. (2018). Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration: Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID *Urbaser v. Argentina* Award. *Brill Open Law*, 30. <https://doi.org/10.1163/23527072-00101003> |
- Brown, C. (2016). Investment Treaty Tribunals and Human Rights Courts: Competitors or Collaborators? *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 15(2), 287–304. <https://doi.org/10.1163/15718034-12341323>
- Dumberry, P., & Dumas-Aubin, G. (2012). When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 349–372. <https://doi.org/10.1163/221190012X637763>
- Dumberry, P., & Dumas-Aubin, G. (2014). How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 4, 569–600. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=2404054>
- Echaide, J. (2017). Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs. derechos humanos? *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15(31), 81–114. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-31.dcdh>
- Farmer, K. B. (2016). The Best Defence is a Good Offense – State Counterclaims In Investment Treaty Arbitration, 64.
- Fry, J. D. (2007). International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18(77), 77–149.
- García Castillo, T. (2008). Figuras Legales Alrededor del contrato de Estado internacional. (I. de I. J. UNAM, Ed.), *El contrato de Estado internacional*. Ciudad de México. Retrieved from http://biblioteca.juridicas.unam.mx:8991/F/?func=direct&doc_number=1872554
- Garner, B. A. (2004). *Black’s Law Dictionary* (8va. ed. 2004).
- Knoll-Tudor, I. (2009). The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms. In J. H. Jackson (Ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (First, p. 310-). New York: Oxford University Press Inc.
- Kryvoi, Y. (2011). Counterclaims in Investor-State Arbitration. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 8/2011, 30. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1891935>
- Kube, V., & Petersmann, E. U. (2018). Human rights law in international investment arbitration. In *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (pp. 221-268). Brill Nijhoff. Retrieved from <https://doi.org/10.3366/ajicl.2011.0005>
- Nowrot, K. (2014). How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law? *The Journal of World Investment & Trade*, 15(3–4), 612–644. <https://doi.org/10.1163/22119000-01504013>
- Perrone, N. M. (2016). The international investment regime and local populations: are the weakest voices unheard?. *Transnational Legal Theory*, 7(3), 383-405.

- Peterson, L. E. (2009). Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión: 109 panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados. *Derecho y Democracia*, Canadá. Retrieved from www.dd-rd.ca
- Popova, I. C., & Poon, F. (2015). From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties. *BCDR International Arbitration Review*, 2(2), 223–260.
- Schreuer, C. H., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention A Commentary*. Cambridge University Press (Second, Vol. 136). Retrieved from www.cambridge.org/9780521885591%0A
- Thielbörger, P. (2009). The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict? In J. H. Jackson (Ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (First, pp. 487–510). New York: Oxford University Press Inc.

2. JURISPRUDENCIA

- Caso CIADI No. ARB/02/16. *Sempra Energy International v. La República Argentina- Laudo* (2007).
- Caso CIADI No ARB/01/12. *Azurix Corp. v. La República Argentina- Laudo* (2006).
- Caso CIADI No ARB/03/25. *Fraport AG v. Filipinas- Laudo* (2007).
- Caso CIADI No ARB/04/1. *Total S.A. v. La República Argentina- Decisión sobre Responsabilidad* (2010).
- Caso CIADI No ARB/04/4. *SAUR International S.A. v. República Argentina- Decisión sobre responsabilidad y jurisdicción* (2012).
- Caso CIADI No ARB/05/22. *Biwater Gauff v. Tanzania- Laudo* (2008).
- Caso CIADI No ARB/06/5. *Phoenix Action, LTD. v. República Checa- Laudo* (2009).
- Caso CIADI No ARB/07/20. *Mr. Saba Fakes v Republica de Turquía- Laudo* (2010).
- Caso CIADI No ARB/07/24. *Hamester v. Ghana- Laudo* (2010).
- Caso CIADI No ARB/08/5. *Burlington v. Ecuador (Decisión sobre reconveniones)* (2017).
- Caso CIADI No ARB (AF)/00/2. *Técnicas MedioambientalesTECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos- Laudo* (2003).
- Caso CIADI No ARB/03/26. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador- Laudo* (2006).
- Caso del CIADI No. ARB/01/8. *CMS Gas Transmission Company v. Argentina- Laudo* (2005).
- Corte Internacional de Justicia. *Caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)* (1997).
- UNCITRAL. *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Indonesia* (2014).

3. TRATADOS Y RESOLUCIONES INTERNACIONALES

- Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá* (2008).

Agreement between the government of the Republic of Croatia and the government¹¹⁰ of the Sultanate of Oman on the promotion and reciprocal protection of investments (2004).

Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union, and the republic of Tajikistan, on the reciprocal promotion and protection of investments (2009).

Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea (2017).

Canada Model BIT (2004).

COMESA. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (2007).

Kingdom of Norway Model BIT (2015).

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Nueva York, 23 de Mayo de 1969, Serie de Tratados de las Naciones Unidas Vol. 1155, No. 18232.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.

Organisation of the Islamic Conference. Agreement for Economic, Technical and Commercial Cooperation (1981).

Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Resolución 64/292 de la Asamblea General “El derecho humano al agua y el saneamiento” A/RES/64/292 (3 de agosto de 2010).

United States Model BIT 2012 (2012).

Treaty between the United States of America and the government of the Republic of Rwanda concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2008).

Treaty between the government of the United States of America and the government of the state of Bahrain concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (1999).

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (2005).

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)*, 20 January 2003, E/C.12/2002/11.

United Nations. (2018). *Human development indices and indicators: 2018 statistical update*. New York. Retrieved from http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2018_technical_notes.pdf

United Nations Conference on Trade and Development. (2012). *UNCTAD Fair and Equitable Treatment*. New York and Geneva.