



Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión

Juan Pablo Bohoslavsky
Juan Bautista Justo



NACIONES UNIDAS

CEPAL



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo

giz

Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión

Juan Pablo Bohoslavsky
Juan Bautista Justo



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo

giz

Este documento fue preparado por el consultor Juan Pablo Bohoslavsky, en coautoría con Juan Bautista Justo, bajo la coordinación de Andrei Jouravlev, Oficial para asuntos económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), con colaboración de Caridad Canales, funcionaria de la misma división, en el marco del proyecto “Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe” (GER 08/004), ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Sociedad Alemana de Cooperación Internacional (GIZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ).

Los autores agradecen los comentarios y aportes de Víctor Abramovich, Sebastián Elías, Carlos Espósito, Agustín García Sanz, Marc Jacob, Andrei Jouravlev, Rodolfo Mattarollo, Juan Méndez, Pablo Riberi, Horacio Rosatti, Stephan Schill, Judith Schonsteiner, Miguel Solanes, Michael Waibel y Santiago Montt.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las de la Organización.

Índice

Resumen.....	5
I. Introducción.....	7
II. Obligaciones internacionales del Estado	9
A. Estructura de las obligaciones consagradas en el PIDESC	9
1. Conducta debida por el Estado	10
2. Grado de satisfacción del derecho que resulta exigible.....	10
B. Aplicaciones en el derecho al agua.....	11
1. Contenido del derecho al agua.....	11
2. Obligaciones internacionales frente al derecho al agua.....	12
III. Inversiones y derechos humanos	15
A. El problema de la disociación.....	15
B. El vínculo entre los tratados de derechos humanos y los TBIs	17
1. Los rasgos característicos de los tratados de derechos humanos	18
2. Los sistemas convencionales de protección y el papel de las autoridades nacionales	20
3. Responsabilidad del Estado, derechos humanos y compromisos internacionales	21
4. TBIs y convenciones de derechos humanos en la historia latinoamericana reciente.....	23
IV. Las autoridades domésticas y su rol convencional.....	27
A. La regulación como expresión del deber de protección de derechos fundamentales	27
B. El control de convencionalidad de los laudos	29
1. Las cortes domésticas y los tribunales arbitrales	29
2. El deber de controlar la convencionalidad de los laudos	29
V. Competencias en tensión.....	33
VI. Recomendaciones.....	39
Bibliografía	41

Resumen

Este documento estudia de qué manera los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y los laudos que los interpretan pueden afectar negativamente los derechos fundamentales de las poblaciones de la región, especialmente cuando se trata de controversias relativas a inversiones en los sectores de los servicios públicos y los recursos naturales. Se analizan las principales características de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) —y puntualmente de derecho al agua— para abordar luego la relación entre tratados de derechos humanos y TBIs.

El cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por los Estados en el campo de los DESC puede verse obstaculizado cuando no se les permite o inhibe la implementación de las políticas públicas encaminadas a alcanzar en forma inmediata niveles mínimos de satisfacción de esos derechos o bien el logro progresivo de su plena vigencia. Ello puede suceder cuando dichas políticas afectan los intereses de los inversores y se traducen en laudos arbitrales que: i) condenan a los Estados emisores de las medidas por violación a las reglas de los TBIs sin computar la incidencia que aquel objetivo convencional posee en la definición de la controversia, o bien; ii) imponen a los Estados cargas indemnizatorias excesivas que, por su impacto presupuestario, los inhiben —en forma actual o futura— de concretar tales medidas de protección.

Para evitar que la aplicación de los TBIs funcione como un modo de enfriar el rol activo que de los gobiernos demanda el cumplimiento de las obligaciones en materia de DESC este trabajo propone una resignificación del papel de las autoridades domésticas a partir de dos perspectivas: i) concebir a las medidas regulatorias que originan ciertas controversias como expresiones del deber de protección de un derecho humano, y, consecuentemente; ii) reconocer el ejercicio del control de convencionalidad de las resoluciones adoptadas en esos arbitrajes de inversión.

I. Introducción

La región latinoamericana participa activamente en el sistema jurídico global de protección de las inversiones extranjeras (UNCTAD, 2009). Esta nueva arquitectura legal, compuesta por la red de tratados bilaterales de inversión (TBIs) y los laudos que los interpretan y aplican, conlleva una inevitable transferencia de potestades regulatorias nacionales a favor de quienes resuelven las disputas entre los inversores y los Estados que los alojan.

La inmensa mayoría de los TBIs no contiene referencias explícitas a los derechos humanos y ello ha llevado a laudos relevantes a asumir que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de esos derechos son dos campos herméticamente separados que no pueden interactuar de manera alguna. Como resultado de esa visión, laudos clave han ignorado la relevancia que los derechos humanos poseen al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor. Son notables las implicancias políticas, sociales y económicas que ello puede acarrear en materia de inversiones extranjeras alojadas en el ámbito de los servicios públicos y los recursos naturales.

En paralelo a esa inserción en los sistemas de protección de las inversiones, la gran mayoría de los países latinoamericanos se encuentra sujeta a una serie de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, entre los que se destacan, a los efectos de este análisis, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 —con su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) de 1986— y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966. Esos instrumentos conllevan también una transferencia relevante de facultades nacionales hacia estamentos que no dependen directamente de la voluntad estatal e imponen una serie de obligaciones que condicionan crecientemente el margen de actuación de las autoridades domésticas, como se observa, por ejemplo, con el detallado catálogo de directivas en materia de derecho al agua. El resultado de esa composición es que un importante porcentaje de los Estados de la región tiene comprometida su responsabilidad internacional en dos frentes —inversiones extranjeras y derechos humanos— y lo curioso es que en ocasiones esos frentes parecen demandarles conductas contradictorias: si se introduce una determinada medida regulatoria encaminada a la protección de algún derecho consagrado en los pactos de derechos humanos, ello puede dar lugar a reclamos de los inversores por afectación de sus intereses amparados en los TBIs, y —si no se lo hace— tal omisión puede originar demandas de los afectados en clave de derechos humanos.

En este trabajo se intenta dar cuenta de las dificultades que pueden suscitarse en la interacción de los dos sistemas internacionales que condicionan la conducta de los Estados —el de protección de las inversiones y el de protección de los derechos humanos— si no se adopta una perspectiva clara de

armonización entre ellos. Con el fin de alcanzarla, se enfatiza la ineludible interrelación que existe entre los tratados de derechos humanos y los TBIs. Ese nexo conlleva, en primer lugar, la necesidad de incluir en el análisis de las controversias sobre inversiones al deber de protección de los derechos que pesa sobre los Estados y su vínculo con la medida que puede afectar al inversor. En segundo término, impone reconocer a las autoridades nacionales la posibilidad de verificar que las decisiones contenidas en los laudos arbitrales resulten compatibles con sus obligaciones en materia de derechos humanos, es decir, que ejerzan el control de convencionalidad. Como veremos, en la actualidad esa posibilidad de justificación de las decisiones domésticas y —en su caso— de escrutinio sobre las resoluciones de aplicación de los TBIs es sumamente acotada y la propuesta consiste precisamente en ampliarla mediante la utilización de los instrumentos que ofrece el derecho internacional.

Hasta ahora los intentos encaminados a impedir que las reglas y decisiones derivadas del sistema de protección de las inversiones afecten principios sensibles para los diferentes Estados han partido tanto de amparar las medidas cuestionadas por los inversores como de confrontar los TBIs y sus actos de aplicación en relación con las reglas constitucionales de cada país —**control de constitucionalidad**— y es justamente ese recurso a normas propias de los Estados lo que ha signado la limitada proyección de tal estrategia. Más allá de los casos de abusos y oportunismo, subyace en esos planteos un instinto estatal atávico de prevenir la ejecución de actos violatorios de directivas que se estiman centrales para la organización del Estado, pero ese recorrido suele frustrarse cuando se encuentra cara a cara con una de las reglas típicas del derecho internacional, como es la imposibilidad de invocar el ordenamiento nacional y sus expresiones para excusar el incumplimiento de obligaciones internacionales, en el caso las derivadas de los TBIs (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Esa regla constituye una premisa básica del funcionamiento de los tratados internacionales y parte de entender que si estuviera permitido a las partes de esos acuerdos liberarse de sus compromisos recurriendo a sus propias decisiones —plasmadas en el derecho interno— la exigibilidad de lo pactado se vería seriamente comprometida y el funcionamiento de los tratados socavado en sus bases. El principio *pacta sunt servanda* (“lo pactado obliga”) que esta regla viene a materializar es, sin dudas, una precondition de la viabilidad misma de los pactos entre naciones y de ahí las complicaciones que enfrentan las tácticas que la contradicen.

Aún cuando desde la idea de inoponibilidad la capacidad de argumentación y escrutinio de los países se ve sensiblemente acotada en el régimen de los TBIs, los expertos han avanzado —potenciados por la proliferación de subsistemas sectoriales en el derecho internacional— en la identificación de las reglas que deben aplicarse en las disputas arbitrales que involucran a inversiones extranjeras cuando éstas afectan derechos fundamentales, como medio ambiente, servicios públicos básicos, derechos de los pueblos originarios, salud pública, etc. (Dupuy, Petersmann y Francioni, 2009; Weiler, 2004). Sin embargo, los aspectos prácticos de la interrelación que se establecen entre TBIs y normas de derechos humanos han permanecido en un segundo plano en las agendas académicas y políticas de los países afectados.

Este trabajo se propone contribuir a reducir ese déficit, aportando desde la perspectiva interamericana algunas pautas iniciales para identificar el lugar que cabe a las autoridades nacionales frente a la interacción entre derechos humanos e inversiones. Ese lugar se ha visto substancialmente confinado a partir de una visión algo sesgada de los TBIs y se procura aquí reafirmar su gravitación, tanto desde los propósitos de protección que deben consultar las medidas regulatorias como del **control de convencionalidad** sobre los TBIs y los laudos que los aplican. Analizar el rol de los Estados en clave convencional permite ampliar su espectro de actuación frente a los TBIs y superar la creencia de que se encuentran inermes frente a los paneles de árbitros.

Como no se trata de ponderar si el derecho interno puede ser utilizado como excusa para violar un TBI sino, precisamente, de establecer de qué manera los TBIs interactúan con otras fuentes del derecho internacional y qué órganos están facultados para velar porque ese trabajo esté bien hecho, la potencialidad política y jurídica del abordaje convencional de las medidas regulatorias es, como se ve, incommensurable y de actualidad.

II. Obligaciones internacionales del Estado

A. Estructura de las obligaciones consagradas en el PIDESC

De acuerdo al modo en que ha sido interpretado por sus órganos convencionales de aplicación¹, el PIDESC se estructura del siguiente modo: primero fija el contenido de cada uno de los derechos que reconoce; y luego establece el alcance de las obligaciones que aquéllos engendran en cabeza de los Estados. Desde el primer aspecto, el contenido de los derechos viene dado por los componentes de **disponibilidad, calidad y accesibilidad** —factor que se desagrega en accesibilidad física y económica, directiva de no discriminación y acceso a la información.

Una vez que se fija el alcance del derecho de que se trate, corresponde delinear los rasgos centrales de las obligaciones que correlativamente asumen los Estados. La clasificación en esta materia atiende, en primer término, al **contenido de la conducta debida** por el Estado, que nos permite identificar a las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento (aplicación), la cual se desagrega en los deberes de facilitar, promover y proveer.

De forma paralela, el segundo criterio de clasificación atiende al **grado de satisfacción del derecho que resulta exigible**. Ello permite identificar a las obligaciones básicas, que son aquellas de exigibilidad inmediata y procuran asegurar un grado mínimo de disfrute de derechos elementales, frente a las obligaciones progresivas, que se cumplen demostrando la adopción de medidas eficaces tendientes al logro gradual del objetivo convencional. Para acreditar el cumplimiento de las obligaciones progresivas los Estados deben demostrar que han tomado de buena fe las medidas necesarias y factibles encaminadas a la plena realización del derecho en juego. Esto significa que esas obligaciones son **de medios**. Por el contrario, las obligaciones básicas son **de resultado**: el Estado no puede justificar en ninguna circunstancia su falta de acatamiento y por ende toda situación que implique ausencia de disfrute mínimo de esos derechos configura una violación al tratado.

¹ Observaciones Generales 4, 11, 13, 14 y 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de las Naciones Unidas.

1. Conducta debida por el Estado

El criterio que se centra en identificar la conducta debida por el Estado nos permite distinguir entre:

- **Obligación de respeto.** La obligación de respeto demanda que los Estados parte **se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho de que se trate.** Esa obligación incluye, entre otras, el deber de no incurrir en cualquier práctica o actividad que implique privar o limitar el acceso igualitario al derecho y va definiéndose en función de cada interés.
- **Obligación de protección.** Esta obligación requiere que el Estado **prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho.** El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, corporaciones y otras entidades, así como a los agentes que actúan bajo la autoridad pública. Proteger implica, así, diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto la realización de conductas lesivas y desde ese prisma cobra una relevancia central para este trabajo.
- **Obligación de cumplimiento (aplicación).** Esta obligación puede ser desagregada en las obligaciones de **facilitar, promover y proporcionar.** La obligación de facilitar supone que el Estado adopte medidas positivas tendientes a asistir a los individuos y grupos en el disfrute del derecho. Promover implica que el Estado debe llevar adelante medidas educativas y de concientización sobre los modos de satisfacción del derecho. Por último, el Estado tiene la obligación de proporcionar el derecho cuando los individuos o grupos se encuentran imposibilitados, por razones ajenas a su control, de realizarlo por sí mismos con los medios a su disposición.

2. Grado de satisfacción del derecho que resulta exigible

Respecto del grado de ejercicio de los derechos que resulta invocable, debe distinguirse entre obligaciones de medios y de resultado. Ambos tipos de obligaciones resultan exigibles en forma inmediata, pero en el primer caso el PIDESC se cumple adoptando las medidas tendientes al logro progresivo de los objetivos, mientras que en el segundo deben asegurarse logros mínimos.

a) Obligaciones de resultado

No discriminación

El deber de garantizar —y no simplemente procurar— que el ejercicio de los derechos protegidos se desarrolle sin discriminación infundada es una obligación que produce efectos inmediatos y conlleva la supresión inmediata de toda práctica estatal contraria a la igualdad.

Pisos mínimos esenciales de derechos

Independientemente del deber de adoptar medidas, “corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” (Observación General 3 del CESCR), extremo en el cual se dirime en gran parte la razón de ser de esta convención internacional. En ese punto, ha de tenerse en cuenta que “para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.

De modo que el Estado debe demostrar inmediatamente que ha logrado asegurar el disfrute de niveles mínimos de cada derecho. No alcanza con alegar que ha tomado medidas tendientes a ello sino que debe exponer resultados y si invoca la imposibilidad material de hacerlo por falta de recursos le cabe acreditar que ha priorizado esa obligación al aplicar los que posee.

b) Obligaciones de medios

En forma paralela al deber de exponer logros básicos —como son la ausencia de discriminación y la cobertura de niveles **esenciales** de disfrute de cada derecho— el artículo 2.1 del PIDESC obliga en forma inmediata a adoptar medidas que deben funcionar como un camino adecuado para lograr paulatinamente la **plena** efectividad de los derechos reconocidos en el pacto. El deslinde entre las obligaciones de resultado y las de medios reside, de esa forma, en la noción de **plenitud del goce de los derechos**, comprometiendo al Estado a seguir en simultáneo dos cursos de acción diferentes: i) **logro inmediato** de un nivel esencial de acceso a los derechos; y, ii) **adopción inmediata** de medidas que permitan llegar gradualmente a la plenitud de ese acceso.

Ambos cursos de acción son exigibles sin dilaciones, pero en el primer supuesto la obligación se cumple garantizando esa cobertura básica, aun cuando no sea plena, mientras que en el segundo se satisface poniendo en marcha medidas tendientes a la plenitud en el ejercicio de los derechos, pese a que no ofrezcan resultados inmediatos. En la lógica de esta convención, **el goce mínimo de los derechos protegidos es un logro actual y el pleno uno futuro derivado de políticas actuales**.

Al respecto la Observación General 3 del CDESCR, el concepto de **progresiva efectividad** constituye un reconocimiento del hecho de que la **plena efectividad** de todos los DESC en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el PIDESC no se ha de interpretar equivocadamente como privando a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los DESC. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena realidad de los derechos de que se trata. Impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas que configuren un supuesto de regresividad requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se disponga.

B. Aplicaciones en el derecho al agua

Esta estructura de las obligaciones internacionales en materia de DESC se reproduce en el derecho al agua, receptado en el artículo 11 del PIDESC y en los artículos 11 y 12 del Protocolo de San Salvador integrante de la CADH.

1. Contenido del derecho al agua

Para la Observación General 15 del CDESCR el derecho al agua no se limita al acceso al recurso para consumo personal, sino también para el desarrollo sustentable del mismo en función de actividades tales como la agricultura. Si bien las condiciones requeridas para satisfacer este derecho son variables, los siguientes factores deben respetarse en todos los casos para asegurar la sustancia del derecho:

- **Disponibilidad:** El suministro de agua para cada persona debe ser suficiente y continuo para uso doméstico y personal, tales como bebida, aseo y preparación de comida.
- **Calidad:** El agua debe ser segura y por lo tanto libre de microorganismos, sustancias químicas o riesgo de radiación que constituyan una amenaza para la salud. Además, el agua para uso doméstico debe ser de color, olor y sabor aceptables.
- **Accesibilidad:** El agua y los servicios para su suministro deben ser accesibles a todos sin discriminación de ninguna índole. Este recaudo presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- **Accesibilidad física:** Los servicios de abastecimiento adecuado de agua deben encontrarse al alcance seguro de todos los sectores de la población. Una cantidad de agua suficiente, segura y aceptable debe ser accesible dentro —o en inmediata cercanía— de cada hogar, institución educativa y lugar de trabajo. Todos los servicios de suministro deben ser de suficiente calidad, culturalmente apropiados y sensibles a los requerimientos de género, edad y privacidad. La seguridad física no debe ponerse en riesgo durante el acceso a los servicios de abastecimiento.
- **Accesibilidad económica:** Los servicios de abastecimiento deben ser asequibles para todos. Los costos directos e indirectos y los cargos para asegurar el recurso deben ser asequibles y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos.
- **No discriminación:** Los servicios de abastecimiento deben ser accesibles para todos, incluidos los sectores más vulnerables o marginados de la población, de hecho o de derecho, sin discriminación basada en ningún factor prohibido.
- **Accesibilidad a la información:** La accesibilidad incluye el derecho a buscar, recibir y difundir información concerniente al agua.

2. Obligaciones internacionales frente al derecho al agua

Siguiendo la lógica del PIDESC, frente al derecho al agua se han identificado las siguientes obligaciones estatales.

a) Obligación de respeto

Implica en esta materia abstenerse de realizar cualquier práctica o actividad que obstaculice o limite el acceso igualitario a agua adecuada, de interferir arbitrariamente en los mecanismos consuetudinarios o tradicionales para el suministro de agua o de disminuir o contaminar el agua.

b) Obligación de protección

Enfatiza el indelegable deber regulatorio que prevenga la interferencia de terceros, incluyendo individuos, grupos, corporaciones y otras entidades, en el disfrute del derecho. Ello comprende la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que resulten eficaces para evitar que esos terceros lleven a cabo actividades de obstaculización del acceso igualitario al recurso, contaminación o extracción inequitativa del mismo.

Puntualmente, cuando los servicios de agua son operados o controlados por terceros, los Estados deben evitar que los mismos comprometan el acceso igualitario a suficiente agua de calidad. Para prevenir esos abusos debe establecerse un sistema regulatorio efectivo de conformidad con el PIDESC, que incluye:

- monitoreo independiente (entes reguladores);
- participación pública genuina (participación directa de los usuarios en el diseño de los marcos regulatorios y tarifas); e
- imposición de penalidades por incumplimiento (prerrogativas sancionatorias en el marco de contratos de concesión de servicio público o licencias). Comprender a la actividad regulatoria del Estado como la forma de dar cumplimiento a este deber de protección es una de las referencias centrales de este trabajo para evaluar su relación con los TBIs.

c) Obligación de cumplimiento

En este campo, “cumplir” implica, al menos: i) facilitar, por medio de medidas positivas para la asistencia de individuos y comunidades, el goce del derecho al agua; ii) promover, por medio de

una educación apropiada sobre el uso higiénico del agua, protección de las fuentes de agua y métodos para su ahorro; y iii) proveer el agua a aquellas personas o grupos impedidos, por razones ajenas a su control, de realizar el derecho por los medios a su alcance.

d) Obligaciones básicas

Entre las obligaciones básicas inderogables, esto es, el deber inmediato de aseguramiento de niveles mínimos de goce de cada derecho, en materia de agua se destacan:

- acceso a una cantidad mínima de agua para uso doméstico;
- no discriminación en el acceso a los servicios;
- acceso físico a agua suficiente, segura y regular, evitando cortes de suministro o distancias excesivas entre el usuario y la fuente del recurso;
- seguridad personal en el acceso al agua;
- distribución equitativa de todos los servicios de suministro existentes;
- adopción de un plan de acción nacional destinado a toda la población, en base a un proceso transparente y participativo, que incluya métodos tales como indicadores y puntos de referencia que permitan su monitoreo y tome especialmente en cuenta a los sectores menos aventajados;
- monitoreo del alcance de la realización o no del derecho al agua;
- adopción de programas de suministro de agua a bajo costo para grupos vulnerables; y
- adopción de programas y medidas para prevenir, tratar y controlar enfermedades vinculadas con el agua.

El Estado no puede justificar el incumplimiento de estas obligaciones básicas, que son inderogables y de resultado, y por ende, si no las acata —sea por una decisión propia o por una condena arbitral—, incurre en una violación del PIDESC. De igual manera, para las restantes obligaciones un Estado que no demuestra la voluntad de utilizar el máximo de sus recursos disponibles incurre en violación del PIDESC y si las limitaciones de recursos hacen imposible el cumplimiento pleno de las obligaciones establecidas en el pacto, el mismo tiene la carga de acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos disponibles de manera de satisfacer de modo prioritario esas obligaciones.

Las violaciones por comisión comprenden, entre otras, la adopción de medidas regresivas incompatibles con las obligaciones esenciales, la derogación o suspensión de las normas necesarias para el disfrute del derecho y la adopción de normas o políticas incompatibles con obligaciones internas o internacionales preexistentes. Las violaciones por omisión comprenden, por ejemplo, el fracaso en la adopción de medidas o la carencia de un plan nacional en la materia.

Como podrá notarse, las obligaciones internacionales —inmediatas y progresivas— en materia de respeto, protección y cumplimiento del derecho al agua son intensas y resultaría incorrecto plantear que ellas carecen de toda relevancia cuando se evalúa el modo en que el Estado las pone en práctica frente a un inversor.

III. Inversiones y derechos humanos

A. El problema de la disociación

La convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) aprobada en 1965 —que enmarca el régimen de la mayoría de los TBIs— establece en su artículo 54 que los Estados contratantes deben reconocer el laudo que dirime una controversia relativa a una inversión y ejecutarlo dentro de su territorio como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal doméstico. Las posibilidades de revisar un laudo no contemplan la intervención de las cortes nacionales (artículos 52 y 53) y por lo tanto este esquema descarta *prima facie* cualquier ataque contra él en los tribunales del país (Schreuer, 2001). Esa barrera a la intervención de los jueces locales en la definición del caso expresa una aplicación particularmente intensa del principio que impide alegar el ordenamiento interno para dejar de cumplir obligaciones internacionales, pues en ella no sólo se desplazan las reglas del Estado receptor para resolver el conflicto, sino también la competencia misma de sus autoridades para proceder a esa resolución, que queda exclusivamente en manos de los árbitros. La delegación de facultades para juzgar esas controversias es inicial (no es necesario seguir ningún procedimiento —salvo, a veces, el intento de negociación— ante el Estado antes de llegar a los árbitros) y completa, pues incluye tanto las reglas del caso como los funcionarios que las aplican. Resta a los tribunales domésticos actuar como brazos ejecutores de la decisión adoptada en ese contexto de deslizamiento directo y absoluto de la función jurisdiccional del Estado.

En ese marco, y teniendo en cuenta la ausencia de referencias a los derechos humanos en los TBIs², laudos que resultan claves, argumentando que sólo deben focalizar en la necesidad de proteger al inversor extranjero y asumiendo que el derecho de protección de las inversiones y el de los derechos humanos son dos campos aislados entre sí (Jacob, 2010), han ignorado la incidencia de aquellos en las controversias entre el Estado receptor y el inversor. Este déficit de holismo en el método para determinar el derecho aplicable puede generar un impacto negativo en materia de derechos humanos, pues los Estados pueden verse atenazados por un dilema de hierro: si introducen una medida regulatoria para asegurar la vigencia, por ejemplo, del derecho humano de acceso al agua, corren el

² Tal como surge, por ejemplo, de los modelos de TBI de Alemania (2008), Francia (2006), China (2003), India (2003), Reino Unido (2005) y EE.UU. (2004). Las excepciones son el *Common Market for Eastern and Southern Africa* adoptado en 2007, el *Partnership and Cooperation Agreement* entre la Unión Europea y Rusia, y algunos preámbulos de TBIs (como el modelo finlandés) que efectúan una mención a los derechos humanos.

riesgo de ser demandados por haber infringido estándares de protección de las inversiones extranjeras³; si no introducen esas medidas, pueden ser objeto de reclamos por parte de los afectados directos de tal omisión (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *López Ostra* (1994), *Guerra* (1998) y *Ta kin* (2004).

Esta situación puede provocar el llamado **enfriamiento regulatorio**, que es la inhibición que sufren las respectivas agencias estatales para modificar y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera a las consecuencias legales que pueden sobrevenir (Rose-Ackerman y Rossi, 2000). Este fenómeno es particularmente serio cuando se trata de actividades que inciden de manera directa en la vigencia de derechos fundamentales (Waincymer, 2009). El campo de los servicios públicos es un ejemplo de cómo se puede potenciar este problema (Choudhury, 2008).

Un caso real para visualizar esta idea de que existen ciertas normas del derecho internacional que sencillamente no pueden ser ignoradas. Luego de la privatización de los servicios de suministro de agua potable y saneamiento de Dar es Salaam, Tanzania, la empresa comenzó a facturar más e invertir menos que su predecesora estatal, y fue claro que la tarifa con la cual había obtenido el contrato era demasiado baja. El inversor solicitó una revisión del contrato y aumento de tarifa para poder realizar las inversiones necesarias y prestar el servicio de manera adecuada, lo que le fue denegado por la autoridad. Las inversiones no se realizaron y el servicio continuó deteriorándose notablemente. Finalmente, el Estado rescindió la concesión y asumió la prestación del servicio.

El inversor demandó a Tanzania en el marco del CIADI, y el laudo⁴ estableció que había existido expropiación ilegal de la inversión extranjera, aunque no conexión entre esa conducta ilegal y los daños económicos que reclamaba el inversor, ya que el valor de la compañía al momento de la expropiación era negativo. Básicamente se dispuso que la rescisión y asunción del servicio de provisión de agua por parte del Estado como consecuencia de un flagrante fracaso del operador privado habían implicado una medida expropiatoria violatoria de los estándares internacionales de protección de los inversores extranjeros.

Habiendo permitido en el proceso arbitral que diversas organizaciones no gubernamentales presentaran un *amicus curiae*⁵ explicando las implicancias de los derechos humanos en este caso, en el laudo final no se ponderó si existía alguna relación entre el derecho fundamental de acceso al agua potable, la rescisión del contrato y los derechos del inversor⁶.

En otro caso, cuando tras el final del régimen del *apartheid* el gobierno sudafricano intentó promover políticas proactivas en materia de integración racial, exigiendo a las empresas de ciertos sectores estratégicos la incorporación como socios y contratación de una mínima proporción de gerentes provenientes de la población mayoritaria negra, diversos inversores extranjeros resistieron tal regulación alegando la violación de sus respectivos TBIs. En 2007, empresarios italianos demandaron ante el CIADI a Sudáfrica porque esas medidas gubernamentales eran expropiatorias de sus inversiones en el sector minero⁷. Si bien era difícil mensurar cuál había sido el efecto de enfriamiento que ese reclamo puede haber provocado en el gobierno sudafricano (Peterson y Gray, 2003), ello fue

³ Por ejemplo en *Compañía del Desarrollo de Santa Elena contra Costa Rica* (CIADI), laudo del 17 de febrero de 2000, se señaló que la relevancia de las fuentes que justifican una medida ambiental compensatoria son irrelevantes a la hora de determinar la entidad de la compensación económica a favor del inversor afectado. Se estableció similar criterio en *Técnicas Medioambientales Tecmed contra México* (CIADI, 2003).

⁴ *Biwater Gauff contra Tanzania* (CIADI, caso ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008).

⁵ Una persona o entidad que no es parte formalmente de un litigio, pero que estima que la decisión de esa causa afectará sus intereses, para lo cual presenta un escrito a la corte en defensa de alguno de los litigantes; también puede ser alguien ajeno a los intereses en disputa pero que cuenta con conocimiento o experiencia que puede ayudar a la corte a decidir el caso.

⁶ Sobre los casos arbitrales en el sector sanitario de Argentina y Bolivia y su tensión con el derecho humano de acceso al agua potable, ver ampliamente Thielborger (2009).

⁷ *Piero Foresti, Laura de Carli y otros contra Sudáfrica* (CIADI, caso ARB(AF)/07/1).

posible: el 4 de agosto de 2010 el tribunal arbitral aceptó el desistimiento de la demanda atendiendo a que las empresas informaron que el gobierno había satisfecho parcialmente sus reclamos.

B. El vínculo entre los tratados de derechos humanos y los TBIs

El punto de partida de la lectura convencional del rol de las autoridades domésticas en el marco de los TBIs finca en negar que los derechos humanos carezcan de toda incidencia en una controversia sobre inversiones. No es posible interpretar a los TBIs como espacios jurídicos exentos de la autoridad de los tratados de derechos humanos. Una lectura de ese tenor, enmarcada por ejemplo en un laudo arbitral, puede constituirse en fuente potencial de responsabilidad del Estado si se traduce en una violación, situación que demandará su inmediata neutralización por parte de los órganos internos de aplicación del pacto, en tanto garantes de su efectividad.

Las limitaciones que desde la inoponibilidad del derecho interno han estado presentes en la relación entre receptor e inversor dentro de la lógica de los TBIs —y que han restringido sensiblemente el papel de las autoridades nacionales al de meros espectadores y ulteriores ejecutores de los laudos arbitrales— desaparecen si abandonamos la idea de una separación absoluta entre derechos humanos y estos tratados. Cuando se aborda esta temática desde las convenciones vemos que la imposibilidad de invocar decisiones internas ya no trae aparejado necesariamente un debilitamiento de la capacidad estatal para salvaguardar ciertos derechos afincados inicialmente en las constituciones, pues justamente dicho objetivo encuentra hoy un notable amparo internacional. El derecho internacional exige inoponibilidad del interno pero no a cualquier precio; a cambio asegura a los Estados ciertos pisos mínimos de juridicidad que antes se centraban en la idea de reciprocidad y hoy se expanden hacia los derechos humanos. Por eso hablamos de un **derecho** internacional y no de simples vínculos de fuerza o actores imposibilitados de lograr una mínima coordinación (Posner, 2009), aún cuando no neguemos la existencia y capacidad condicionante de todo ello.

Desde esa impronta, se propone aquí una mirada integral y armónica del sistema jurídico internacional que permita optimizar su potencial de protección y que, en buena medida, sirva para reducir las fricciones con los ordenamientos locales y sus prioridades. A los efectos del presente análisis, es el derecho internacional —y no el interno— el reaseguro de la protección de las personas sometidas a la autoridad de los Estados parte y por lo tanto la relevancia práctica del eventual conflicto del TBI o el laudo con el sistema doméstico disminuye.

La mirada convencional constituye, de ese modo, una fuente importante de recursos jurídicos para superar los déficits que una visión excesivamente **incomunicada** y rígida de los TBIs puede acarrear en áreas como los derechos humanos y se concreta en la facultad-deber de las autoridades domésticas —como actores esenciales en el cumplimiento de los tratados que los consagran— de dictar medidas regulatorias de protección y de cotejar el contenido y consecuencias de los laudos con las obligaciones impuestas por esos pactos internacionales. Esa posibilidad descansa en que uno de los patrones naturales de operatividad de los tratados de derechos humanos estriba en el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas, judiciales o administrativas que sean necesarias para asegurar la compatibilidad de sus prácticas con esos instrumentos, y esas prácticas pueden tener origen tanto en medidas internas (ejecución y pago de laudos internacionales) como en la celebración o ejecución de tratados internacionales (TBIs, por ejemplo).

Para evaluar el nexo entre derechos humanos e inversiones haremos una especial referencia a la CADH y su jurisprudencia específica, recurriendo paralelamente al auxilio de las experiencias que otros modelos —en especial el europeo, consagrado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)— ofrecen ante problemas similares. La razón de ese abordaje es que el instrumento interamericano se aplica a una serie de países que

presentan una característica relevante para el encuadramiento de nuestro análisis: la mayoría de ellos conjugan la calidad de parte demandada en procesos arbitrales iniciados por inversores con un claro déficit en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos, especialmente los DESC. Dicho de otro modo, un importante porcentaje de los Estados de la región tienen comprometida su responsabilidad internacional en los dos frentes y lo curioso es que en ocasiones esos frentes parecen exigirles comportamientos incompatibles (véase la página 33).

Con ese marco, se expondrán a continuación algunos lineamientos que dan cuenta de la necesaria conformidad que los TBIs y sus aplicaciones deben guardar con las convenciones de derechos humanos. Si ello no sucede y se produce la lesión de un derecho fundamental como producto de la aplicación de un TBI nos hallaremos ante una hipótesis de violación imputable al Estado que acarrea su responsabilidad internacional (artículos 1 y 2 de la CADH). Esa responsabilidad internacional se materializará en una sentencia condenatoria de amplio alcance emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que podrá fijar deberes de reparación de daños, de adecuación de conductas gubernamentales, de revisión de medidas o de establecimiento de garantías de no repetición, entre otros (artículo 63). El cumplimiento de esos mandatos es imperativo y no puede oponerse a él ningún compromiso, sea interno, sea internacional (artículo 68).

Para evitar un potencial conflicto entre el cumplimiento del laudo derivado de un TBI y la CADH o el PIDESC, la labor de aplicación del primero debe computar las obligaciones en materia de derechos humanos al momento de dar vida al instrumento bilateral e interpretar sus disposiciones. De igual forma, en la interpretación de los pactos debe tenerse en cuenta el eventual impacto de un TBI y resolver como éste perfila la posición jurídica de los involucrados, recurriéndose —de existir colisión— a los mecanismos de armonización de derechos que ellas prevén, por ejemplo, los principios de proporcionalidad o justa indemnización. Los dos sistemas deben retroalimentarse.

Esa imposibilidad de considerar a los TBIs como espacios exentos de la aplicación de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es, como veremos, una consecuencia natural de las finalidades, características y alcances de esos instrumentos.

1. Los rasgos característicos de los tratados de derechos humanos

Una jurisprudencia constante de los diferentes tribunales supranacionales especializados en la materia viene destacando desde hace décadas que los pactos de derechos humanos presentan una serie de rasgos peculiares que los diferencian de los tratados tradicionales. Fundamentalmente, este tipo de convenciones establece un orden jurídico nuevo —y no simples deberes recíprocos entre los firmantes— que se compone por una serie de obligaciones objetivas que se ven aseguradas mediante un mecanismo de garantía colectiva (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Irlanda contra Reino Unido*, 1978; CIDH, *OC-1/82*, 1982).

En efecto, por conducto de este tipo de acuerdos, los Estados pasan a someterse a un ordenamiento jurídico integral que los trasciende, tanto en su plano interno como en las relaciones entre sí (bilaterales o multilaterales) o con terceros, y que tiene por destinatarios últimos a las personas sometidas a su autoridad. Ese ordenamiento fija obligaciones que resultan exigibles a los Estados por parte de los demás Estados aún sin necesidad de probar la afectación de un nacional, de ahí su calificación de objetivas, y que deben ser aseguradas por una acción conjunta (garantía colectiva).

Esos rasgos responden a que este tipo de acuerdos está orientado, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano. Los Estados que pasan a integrar los mecanismos de las convenciones deciden unirse y limitar su esfera de acción, tanto interna como externa, para asegurar mediante una acción colectiva, que se estima más eficiente que la tradicional, la vigencia tangible de los derechos humanos. De ese modo, los miembros deciden reducir sus potestades propias para ampliar en conjunto su capacidad de

protección de esos intereses. La limitación singular del campo de acción estatal plasmada en una autorrestricción se traduce en una ampliación correlativa de ese campo por medio de la cooperación (Rosseau, 1993; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículos 4, 6 y 16).

Como resultado de la amplitud de los intereses protegidos colectivamente —derechos fundamentales en cabeza de cada persona— el sistema posee una vocación de protección sumamente amplia y por ello procura abordar todas las facetas de la acción estatal en cualquier terreno. No hay, luego de la ratificación de un tratado de este tipo, zonas de actividad estatal exentas de esa red de compromisos y garantías y esa tendencia expansiva incluye tanto al ámbito de las relaciones internas como al de las externas.

El sacrificio de soberanía es alto, pero proporcional a los formidables desafíos involucrados y a la decisión de afrontarlos cooperativamente. Luego de grandes tragedias humanas, el discurso jurídico dominante se vio forzado a reconocer —al menos en este campo— la presencia de un interés común y no aislado que explica el fuerte impacto de las convenciones como condicionante global de todas las acciones del Estado.

Esa vocación amplia de protección, que expande los efectos de los derechos humanos a todos los planos de la labor estatal, tiene en nuestra región una expresión concreta en los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Esas disposiciones sintetizan el compromiso de los Estados americanos de: i) respetar y garantizar los derechos fundamentales (artículo 1.1), adoptando para ello medidas positivas, evitando tomar iniciativas que los limiten o conculquen y suprimiendo las prácticas que los restrinjan o vulneren; y; ii) adecuar su ordenamiento jurídico cuando ello resulte necesario para amparar el ejercicio de un derecho todavía no garantizado a nivel local (artículo 2). Ese deber de adecuación es sumamente amplio e incluye la emisión y aplicación de las leyes, sentencias, reglamentos, actos o hechos que sean conducentes para permitir tal ejercicio. Por conducto de esas medidas, el Estado debe prevenir o revertir las decisiones y actuaciones de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías de la CADH, pero también ocuparse de sancionar las normas y desarrollar las prácticas que su efectiva observancia exige, es decir, poner en marcha medidas de acción (positivas) y no simplemente de abstención. Si se incumplen estos mandatos se genera responsabilidad internacional del Estado en los términos de ese pacto.

Ahora bien, está claro en la sistemática de la CADH que la conformidad con el ordenamiento jurídico interno de aquellas acciones u omisiones que infrinjan esos compromisos de respeto, garantía o adecuación es indiferente a los efectos de discernir la responsabilidad estatal (CIDH, *OC-13/93*, 1993). Una jurisprudencia constante de los tribunales especializados aplica un estándar similar cuando lo que se invoca frente a la infracción convencional es el acatamiento de otro compromiso internacional (véase la página 21); él no justifica la inobservancia del tratado de derechos humanos, sea por acción u omisión, y por lo tanto la responsabilidad estatal subsiste.

De acuerdo a lo anterior, para la evaluación de la conducta estatal a la luz de la CADH, los compromisos internacionales ajenos a ella tienen la misma entidad y jerarquía que los nacionales (por ejemplo, derecho o sentencias internas) para justificar la violación de una garantía. Ambos son decisiones ajenas al sistema de los pactos. Así como la admisión de la oponibilidad del derecho interno comprometería la eficacia del sistema supranacional de protección, la de otros compromisos internacionales que el Estado haya decidido asumir —por ejemplo, TBIs— tendría la misma consecuencia. Alcanzaría con celebrar cualquier acuerdo con otro Estado u organización para desentenderse de los compromisos preexistentes, lo cual no resultaría congruente y es por ello que los intentos de oponer un acuerdo internacional al cumplimiento de las obligaciones convencionales (por ejemplo, el de Paraguay de invocar un TBI frente a reclamos de las comunidades indígenas —CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, 2006—, véase la página 21) encuentra los mismos reparos que la alegación del derecho interno, que conducen a su desestimación en los términos del principio *pacta sunt servanda*.

Teniendo en cuenta esa vocación expansiva y procurando que la eficacia del sistema de protección se vea asegurada en forma cotidiana por las autoridades de cada país, la CADH exige que esas autoridades se ocupen de velar por la conformidad de sus relaciones bilaterales con los tratados de derechos humanos. Para el cumplimiento de ese cometido, el país debe organizar las estructuras a través de las cuales se ponen en ejecución esos vínculos de manera tal que sean acordes a la CADH y —teniendo en cuenta los amplios deberes de respeto, garantía y adecuación— ello sólo es posible si esas estructuras impiden la consumación de violaciones a los derechos consagrados en los pactos. Por el contrario, si el esquema de arreglo de diferencias con inversores extranjeros no evita esa consumación, porque da lugar a pronunciamientos o medidas que contravienen esos deberes, aquel no superará el *test* del la CADH.

2. Los sistemas convencionales de protección y el papel de las autoridades nacionales

Con el propósito de garantizar derechos prácticos y efectivos en oposición a teóricos e ilusorios (CIDH, *Fairén Garbi y Solís Corrales*, 1987; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Artico*, 1980), los instrumentos convencionales asignan a cada uno de los Estados un rol capital en la consecución de sus objetivos que se ve complementado a nivel internacional. Esa estructuración obedece a que la eficacia en la protección de los derechos se vería comprometida si dependiera enteramente de la posibilidad de intervención de los estamentos localizados fuera del país.

Por ello, al dar cumplimiento al deber de protección o ejercer el control de convencionalidad, las autoridades nacionales actúan como el primer estadio de implementación de los pactos y con ello ponen en práctica otro aspecto característico de esos modelos jurídicos internacionales, que se conoce como subsidiariedad. De acuerdo a ella, las convenciones de derechos humanos depositan la tarea de protección de los derechos que consagran en dos niveles correlativos: primero en la labor espontánea de los jueces, legisladores, administradores y demás autoridades domésticas del Estado, quienes al velar por su cumplimiento y prevenir la configuración de responsabilidad internacional por violaciones actúan como órganos convencionales internos, en el sentido en que operan como la instancia de implementación de los tratados dentro del país. En segundo término —y sólo con un rol complementario de esa labor inicial encomendada a los órganos locales— tenemos a los cuerpos y tribunales creados específicamente en las convenciones —en el caso interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CIDH— para velar fuera del país por su acatamiento. Esos son los órganos convencionales supranacionales, pues operan exclusivamente en ese plano y su rol consiste en complementar la labor nacional.

Esa articulación entre los niveles interno y supranacional jerarquiza la labor de la autoridad local pero también califica sus responsabilidades. No alcanza con instituir órganos supranacionales que protejan los derechos por vía de la responsabilidad internacional sino que es imprescindible que esa protección se vea acompañada —en rigor, precedida— por una incorporación cultural y hermenéutica que asegure el acatamiento espontáneo de cada Estado parte. Ese camino empieza a recorrerse cuando las autoridades locales asumen el rol que tienen encomendado como uno de los niveles —el primario— del sistema y se encargan oficiosamente de constatar, a cada paso, que sus actuaciones —provengan de decisiones internas o de compromisos internacionales— consultan adecuadamente el plexo normativo que deben custodiar. De esa forma se concreta la faceta básica de prevención de violaciones a los derechos que brinda sustento práctico a la regla de subsidiariedad, instrumento central para que el modelo jurídico en juego pueda alcanzar eficazmente sus propósitos.

Al erigir a las autoridades nacionales como órganos convencionales internos —agentes de aplicación de los pactos dentro del país—, estos modelos logran penetrar en forma directa en la esfera local de toma de decisiones sin necesidad de una superestructura. Esa composición —que expresa claramente un diseño guiado por directivas de eficiencia— ubica al estamento local como sujeto necesario —y no contingente— del deber de protección y del control de convencionalidad. Hace a su

inserción dentro del sistema de los tratados el que los funcionarios del país cuenten con la facultad, y fundamentalmente con el deber, de constatar que las decisiones de cualquier índole que toman o aplican —aún cuando provengan de autoridades externas como un panel arbitral— consulten las reglas convencionales y deban abstenerse de avanzar en ese dictado o aplicación si llegan a una respuesta negativa sobre esa conformidad. Ese papel es el resultado lógico de haber entendido, con buen tino, que hacer depender la aplicación de los pactos de la intervención supranacional sería inviable —la prevención o reparación de cada caso de violación en el continente dependería de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la CIDH— y es por ello que la ejecución cotidiana del sistema de protección se pone en manos de los funcionarios y habitantes de cada país. Sólo cuando éstos fallan se activa el rol subsidiario de las autoridades específicas de los pactos.

De resultados de ese modelo, cuando las autoridades nacionales adoptan medidas en el marco de la CADH o el PIDESC no actúan como estamentos internos, sino como órganos convencionales regidos por el derecho supranacional. No opera, en consecuencia, la inoponibilidad del derecho doméstico, en tanto se está aplicando otro orden de reglas. Esto da la pauta de la diferencia central que existe entre ejercer el control de constitucionalidad y el de convencionalidad sobre un laudo arbitral, o bien entre verificar una medida invocando el derecho interno y hacerlo con base en un deber internacional de protección, tal como se propone en este trabajo.

3. Responsabilidad del Estado, derechos humanos y compromisos internacionales

Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional, la acción u omisión de cualquier autoridad pública contraria a los mandatos convencionales constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete su responsabilidad (CIDH, *Garrido y Baigorria*, 1998). Con motivo de aquélla nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de responder —algo que dista de limitarse al pago de una simple indemnización⁸— y frente a la cual ninguna disposición o instituto de derecho interno puede oponerse. Admitir esa posibilidad importaría privar de eficacia a la protección transnacional de los derechos.

A la luz de lo anterior, al procurar sortear la generación de violaciones de los derechos fundamentales, y —con ello— el incumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados, los instrumentos de regulación y control de convencionalidad tienen por objetivo común prevenir la responsabilidad internacional del Estado.

Esa responsabilidad no sólo se configura por la aplicación de normativa interna incompatible con los pactos de derechos humanos, sino también por la ejecución de prácticas contrarias a ella que pueden derivar de otros ordenes internacionales. Siempre que se produzca la lesión a un derecho humano como resultado de una acción u omisión del Estado nos hallaremos ante la responsabilidad de éste, sin importar si esa acción u omisión vienen exigidas por otro tratado. La enseñanza uniforme que nos dejan las experiencias en este campo es que el cumplimiento de un compromiso internacional no justifica la infracción del tratado de derechos humanos.

En el ámbito europeo se ha explorado, con interesantes derivaciones, cómo impactan en sus respectivas relaciones internacionales las obligaciones que los diferentes países asumieron dentro del CEDH. En uno de los primeros pronunciamientos explícitos sobre esta temática, la Comisión Europea de los Derechos Humanos debió examinar si la decisión de las autoridades alemanas de dar ejecución

⁸ La reparación prevista en el artículo 63.1 de la CADH tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados, pero no se detiene allí, sino que trasciende a la víctima y obliga a adoptar todas las medidas para asegurar en el orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la convención, a través de la modificación de prácticas domésticas, sanción a los responsables, medidas simbólicas y —en general— cualquier mecanismo que posea no sólo una función reparatoria sino preventiva de nuevas violaciones (CIDH, *Blake*, 1998).

(*exequatur*) a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —que los demandantes consideraban violatoria de la garantía del proceso equitativo consagrada en el artículo 6 del CEDH— suponía una infracción a ese tratado. El Estado alemán demandado aducía que no era responsable por la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que simplemente se limitaba a cumplir, pues había transferido a la comunidad parte de sus competencias en la materia vinculada con el conflicto. En ese marco, si bien la Comisión Europea de los Derechos Humanos sostuvo que carecía de atribuciones para juzgar *per se* decisiones de los órganos comunitarios, dejó en claro que al ejecutarlas los Estados no escapan al ámbito en el que se ejerce el control convencional de los derechos humanos. Con esa base —que guarda claras analogías con el escenario de ejecución de un laudo arbitral— sentó un estándar que predominaría en lo sucesivo: aún cuando el CEDH no prohíbe a sus miembros transferir potestades a organizaciones internacionales, si un Estado asume obligaciones en el marco de un tratado y posteriormente concluye otro que lo incapacita para cumplirlas, será responsable por cualquier incumplimiento bajo el primer acuerdo. La cesión de atribuciones —por ejemplo, las jurisdiccionales en el marco del arreglo de diferencias relativas a inversiones— no excluye la responsabilidad del Estado con respecto a su ejercicio por parte del cesionario —los árbitros—, pues de lo contrario las garantías convencionales podrían ser limitadas o excluidas sin motivo y de esa forma verse privadas de su carácter perentorio. Por ello, la Comisión Europea de los Derechos Humanos estableció que la transferencia de competencias a una organización internacional no resulta incompatible con el CEDH en tanto y en cuanto los derechos convencionales reciban una **protección equivalente** en el marco de dicha organización (Comisión Europea de los Derechos Humanos, *M. & Co.*, 1990).

Siguiendo esa línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enfatizado que el alcance de la aplicación del CEDH es amplio y no excluye del escrutinio convencional a ninguna faceta del ejercicio de la autoridad estatal. Es dentro de ella **como un todo** que los Estados deben actuar de conformidad con ese convenio (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Partido Comunista de Turquía*, 1998). Siempre que una decisión —cualquiera sea su origen— constituya el medio a través del cual el Estado despliega su autoridad, la misma queda sujeta al deber de respeto y garantía de los derechos. Por ende, tanto la firma del TBI como sus actos de aplicación, en cuanto medios para el ejercicio de la autoridad estatal en el campo de las relaciones internacionales, se encuentran sujetos a revisión bajo los tratados de derechos humanos.

Sobre esas premisas, y con directa vinculación al fenómeno de control de convencionalidad de los laudos arbitrales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no dudó en condenar a Italia por la decisión de las cortes de ese país de ejecutar la decisión judicial de un Estado que no integra el convenio —Vaticano— sin verificar si aquella satisfacía los estándares convencionales en materia de proceso equitativo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pellegrini*, 2001). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclaró que su tarea en el caso no consistía en examinar si los procedimientos seguidos por el Estado que no es parte del CEDH se conformaban con los derechos en él consagrados, sino si los tribunales italianos, antes de autorizar la ejecución de la decisión emanada de esos procedimientos, se habían cerciorado debidamente de que estos cumplieran con las garantías del tratado. Puntualizó que esa revisión —control de convencionalidad— resulta exigible cuando la decisión cuya ejecución se solicita emana de los órganos de un Estado que no aplica el convenio y resulta especialmente necesaria cuando las implicancias de la declaración de ejecutividad son de magnitud para las partes. Por ello, consideró configurada la responsabilidad internacional de Italia con base en que sus tribunales habían incumplido la obligación de verificar, antes de autorizar su ejecución, si la decisión externa había sido dictada en consonancia con el convenio.

Queda claro entonces que la violación a los derechos del CEDH engendra responsabilidad del Estado independientemente de los compromisos bilaterales asumidos. Un Estado parte resulta responsable a nivel convencional por todos los actos u omisiones de sus órganos, independientemente de si la acción u omisión en cuestión es una consecuencia de la legislación interna o de la necesidad de cumplir con obligaciones jurídicas internacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

Bosphorus Airlines, 2005; *Al-Saadoon y Mufdhi*, 2010). Incluso, no está dado a los miembros celebrar acuerdos con otros Estados que entren en conflicto con sus obligaciones bajo ese régimen.

La necesaria conformidad de los acuerdos bilaterales con el régimen de los derechos humanos, y el consiguiente desplazamiento de los primeros en caso de no darse esa conformidad —mediante la generación de responsabilidad del Estado por su cumplimiento— forman parte, como vemos, de los criterios consolidados del sistema europeo de protección de esos derechos. Para verificar ese extremo es que existe el control de convencionalidad.

La CIDH participa de la misma orientación y ha tenido oportunidad de plasmarla expresamente frente a la invocación estatal de TBIs en el marco de causas contenciosas por responsabilidad del Estado, estableciendo claramente que “*la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados*” (CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, 2006).

Se deduce de tal estándar la necesidad de un examen de compatibilidad de las medidas de aplicación de los TBIs con la CADH. Esa tarea se encuentra a cargo de cada Estado parte como un resultado natural de las obligaciones asumidas al ratificar ese instrumento regional.

Otra muestra de esa tendencia se advierte en la decisión de la CIDH de declarar contrarias a los parámetros convencionales a ciertas prácticas chilenas que se habían traducido en una restricción del acceso a información relativa a una inversión extranjera con potencial impacto ambiental (CIDH, *Claude Reyes*, 2006). Con ese precedente, en nuestro continente se ha avanzado en explorar las consecuencias que el control de convencionalidad produce en materia de acceso a la información —principio de máxima divulgación—, participación ciudadana y rendición de cuentas, aspectos en los que también se dirime con gran fuerza la posibilidad de evitar excesos en el marco de los TBIs.

Las enseñanzas que nos dejan las experiencias analizadas es que —aún sin desconocer las dificultades inherentes al tema— la asunción de compromisos internacionales no releva a los miembros de los pactos de sus deberes. El fundamento directo de ese postulado responde, una vez más, a las características únicas de este tipo de acuerdos, tanto en punto a sus finalidades (protección de la persona) como a sus instrumentos (régimen de obligaciones objetivas aseguradas mediante una garantía colectiva). La separación entre TBIs y derechos humanos no parece posible.

4. TBIs y convenciones de derechos humanos en la historia latinoamericana reciente

A lo largo de las diferentes controversias entre Estados e inversores, laudos clave han abordado al régimen de protección de las inversiones como un espacio disociado del de los derechos fundamentales, resolviendo los casos como si esas normas resultaran intrascendentes frente a esos conflictos⁹. Sin embargo, concebir a los TBIs como artífices de un espacio de inaplicabilidad de las convenciones sobre derechos humanos comportaría una clara contradicción con la firme decisión que desde fines de la segunda guerra mundial ha orientado el desarrollo de esos pactos y que en el caso latinoamericano encontró su expresión en la CADH.

Si fuera admisible interpretar a los TBIs como **zonas liberadas** de la vigencia obligatoria y preeminente de la CADH deberíamos asumir que la firma de esos tratados ha implicado por parte de los Estados americanos que los suscribieron un intento de fijar (y alterar) los alcances de su

⁹ Esto se puede ver, por ejemplo, en varios casos del CIADI: *Compañía del Desarrollo de Santa Elena contra Costa Rica*, *Técnicas Medioambientales Tecmed contra México*, *Biwater Gauff contra Tanzania* y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra Argentina* (Pavoni, 2009).

sometimiento a ese pacto y de decidir, por ejemplo, qué casos pueden conocer la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la CIDH. Existirían asuntos donde no se aplicaría la CADH y donde esos órganos carecerían de poder decisorio, aún cuando alguna persona pudiera verse afectada en sus derechos fundamentales. Esa alternativa ha sido explícitamente desechada por la CIDH ante intentos similares (CIDH, *Hilaire*, 2001), explicándose que no es posible admitir una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos que haga ilusorios el objeto y el fin de la CADH¹⁰.

Desde un punto de vista histórico de las relaciones internacionales, la expansión de TBIs que caracterizó a la década de los noventa no puede ser entendida como una negación, alejamiento o flexibilización de la decisión histórica de los Estados americanos de establecer su convención de derechos humanos y someterse a la competencia de sus órganos de aplicación. No es correcto leer los TBIs de los años noventa en forma desligada de los pactos de los cincuenta y sesenta. La presencia de un Estado parte atrae, en cualquier plano y en todos los casos, la aplicación de esas reglas. Donde está el Estado miembro está la CADH.

Ciertamente, los pactos no descansan en propósitos declarativos con pretensiones abstractas sino que poseen una vocación de efectividad que hace a su esencia. Si al momento de la aplicación de los TBIs no se computa ese extremo, quien debe encargarse de evitar que se consume el intento de sustraer a los afectados de esa red de garantías es en primer término el funcionario interno como agente inicial del control de convencionalidad. Si éste no asume esta tarea genera responsabilidad internacional del Estado, que se concretará en medidas provisionales y sentencias condenatorias de amplio alcance emanadas de la CIDH.

Es que interpretar un TBI como causal de desplazamiento de una convención de derechos humanos conduce a un conflicto entre instrumentos internacionales que no sólo resulta innecesario sino que debe ser evitado a partir de una interpretación armónica del conjunto del sistema. De otra forma, se pone a los Estados en el dilema de optar por incumplir alguno de esos compromisos.

La forma de sortear esa disyuntiva consiste en asumir que un TBI nunca puede ser leído —por acción u omisión— como autorizando una violación a los derechos humanos y que esa necesidad se traduce en el deber de encontrar pautas de armonización. La labor de aplicación de un TBI en el contexto del sistema internacional de derechos humanos supone, entonces, dos desafíos sucesivos:

- En primer término, debe procurarse una interpretación del TBI que no conduzca a la fragmentación del orden jurídico internacional. Ello se logra, como vimos, a través de la búsqueda de puntos de contacto que permitan armonizar las directivas y conceptos del acuerdo bilateral de inversión con los mandatos de protección existentes en materia de derechos humanos¹¹. El laudo arbitral que aplica el TBI debe computar esas directivas al momento de dar contenido a los conceptos del tratado. Esta opción puede operar como una válvula de escape para minimizar algunos de los problemas que la crisis de legitimidad del sistema de TBIs genera en la práctica (Franck, 2005), tornando más sustentable su funcionamiento¹².

¹⁰ De hecho, la consideración por los derechos humanos puede minimizar esa fragmentación jurídica (Reinisch, 2005).

¹¹ Para abordar estos desafíos interpretativos, en especial el vinculado con el derecho aplicable, es importante tener en cuenta el dato de la apertura del sistema interamericano a los instrumentos universales de protección vigentes en América, regla que se ha visto plasmada en los artículos 29 y 64 de la CADH. Ella implica que la interpretación de los TBIs y su eventual control de convencionalidad no involucran solamente a los pactos regionales como la CADH y sus protocolos, sino también al catálogo de convenciones universales a las que los países americanos se han sometido y a la interpretación que ellos han recibido de sus órganos internacionales de aplicación.

¹² Las tensiones que se han dado en la Unión Europea como resultado de la ausencia de una carta de derechos en su seno y las consiguientes divergencias generadas entre los órganos comunitarios y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Chueca Sancho, 1999) son una enseñanza sumamente útil para el régimen de los TBIs. Tanto el

- Sin embargo, si esa tarea de armonización no se emprende o fracasa y termina configurándose una hipótesis de mandatos internacionales contradictorios, corresponde a los órganos domésticos —como primer bastión del cumplimiento de los pactos— y luego a los internacionales —como cobertura subsidiaria— ejercer el control de convencionalidad de la decisión arbitral para evitar que se configure un supuesto de responsabilidad por violación a los derechos fundamentales.

comunitario como el de inversiones son sistemas asentados inicialmente en objetivos económicos y ambos se han visto amenazados por una crisis de legitimidad derivada, entre otras cosas, de la ausencia de un lazo más estrecho con los derechos humanos. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tomó hace décadas conciencia de los riesgos que esa crisis implicaba para el proceso de integración —en especial porque la falta de respuestas comunitarias satisfactorias en aspectos tan sensibles como los derechos humanos amenazaba con incitar en varios Estados miembros un reclamo de recuperación de materias ya absorbidas por la Unión— y por ello desarrolló pretorianamente una teoría de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario encaminada a asegurar el respeto de ciertos principios básicos comunes a los países miembros en la actuación de la Unión Europea (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desde *Stauder*, 1969, hasta *Kremzow*, 1974, pasando por *Handelsgesellschaft*, 1970, *Köster*, 1970 y *Nold III*, 1974). Los TBIs se enfrentan al mismo riesgo de “re-estatización” (vuelta a los Estados de materias cedidas al sistema de protección de inversiones extranjeras) y por ello sería una decisión prudente de sus operadores tratar de superar los problemas que una desatención de esos aspectos produce, en particular como incentivo para que los Estados reivindiquen competencias delegadas (Kaushal, 2009). La penetración de los derechos humanos en la Unión Europea constituye una referencia invaluable para el régimen de los TBIs.

IV. Las autoridades domésticas y su rol convencional

Asumiendo, de acuerdo a lo expuesto, que no cabe admitir una disociación absoluta entre el régimen de los TBIs y los mandatos en materia de derechos humanos, la mirada convencional de la labor de las autoridades nacionales —su rol de órganos convencionales internos— permite ampliar su campo de acción frente a los inversores desde dos aspectos.

A. La regulación como expresión del deber de protección de derechos fundamentales

Como hemos visto, una de las obligaciones típicas en materia de derechos fundamentales es la de protección, consistente en la prevención de interferencias de terceros en su disfrute. Proteger implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto la realización de conductas lesivas y es una derivación del carácter horizontal de los derechos humanos (Knox, 2008), como veremos.

Ese deber de protección, que viene a dar sustento a la labor regulatoria, se traduce en una distribución concreta de la carga argumentativa y probatoria relativa a la validez —y consiguiente exigibilidad— de aquella restricción que afecta a un inversor. En el marco de los pactos, el Estado debe probar que la medida regulatoria constituye el cumplimiento proporcionado de su deber de amparar un derecho convencional cuyos titulares resultan identificables colectiva o individualmente (por ejemplo, un grupo sin acceso a agua). Si lo hace, aquella decisión no puede ser desafiada desde la perspectiva de su legitimidad y restará evaluar si se configuran los presupuestos de un eventual resarcimiento por actividad lícita, en especial el atinente a la existencia de un sacrificio especial impuesto al inversor cuya falta de reparación implique un trato discriminatorio.

Desde la primera perspectiva, el deber estatal de protección materializa uno de los rasgos distintivos que caracterizan a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, que es su carácter horizontal (Clapham, 2006), es decir, la posibilidad que tienen los titulares de esos derechos de exigir su respeto tanto frente al Estado como frente a los demás individuos —léase, frente a todos, de ahí su denominación de obligaciones “*erga omnes*” (CIDH, OC 18/03, 2003). Esa

particularidad hace que el Estado no sólo deba cumplir por sí mismo con las directivas de los pactos respecto de sus habitantes, sino también velar porque los particulares hagan lo mismo en sus relaciones privadas. La tarea de cumplir y hacer cumplir los tratados de derechos humanos es justamente el deber de protección —consagrado tanto en la CADH como en el PIDESC— que da sustento a la reglamentación de los derechos e impacta decididamente en los diferentes aspectos de la interacción propia de los TBIs, tanto desde la perspectiva de la evaluación de las medidas regulatorias que pueden afectar la inversión como del escrutinio convencional sobre el modo en que se resuelven los diferendos vinculados con aquélla.

Ahora bien, para poder decir que nos hallamos ante el cumplimiento de esta obligación, la limitación del derecho resultante de la medida deber tener un necesario correlato en la protección de otro, lo cual debe ser argumentado y probado por el Estado. Esto es relevante en materia de controversias relativas a inversiones, pues la autoridad nacional deberá acreditar en el marco de los TBIs que la medida regulatoria que se traduce en una restricción de los derechos del inversor tiene por objeto directo cumplir con el deber de protección de algún derecho convencional con titulares identificables individual o grupalmente, no alcanzando con invocar el beneficio de entidades colectivas mediante conceptos como el bien común o el interés general. Por ejemplo, si el Estado establece requerimientos ambientales en ciertas industrias para mejorar la calidad de agua, debe acreditar de qué forma esa medida viene exigida por la protección del derecho al agua en cabeza de ciertos grupos o personas que actualmente no acceden a esa calidad o que se encuentran expuestos a riesgos futuros en relación a ella.

Ese estándar es especialmente útil cuando se invoca la protección de DESC, pues implica que el Estado deberá justificar que la medida tiene por objeto cumplir con sus obligaciones básicas inderogables de aseguramiento de niveles mínimos de acceso a esos derechos, o bien con el mandato de asignación del máximo de recursos disponibles al logro progresivo de la plenitud de tal acceso. En otros términos, la autoridad estatal debe identificar y probar el incumplimiento concreto en materia de derechos sociales que con la medida viene a prevenir o subsanar.

El amplio espectro de las obligaciones convencionales opera, en definitiva, como fundamento y límite de la capacidad estatal de reglamentación de los derechos. Por una parte, el deber de protección contenido en aquéllas y su extensión a todas las esferas de relaciones brinda sustento a la facultad estatal de limitar el ejercicio de los mismos de modo de asegurar su goce coordinado. El Estado que omita injustificadamente introducir las normas y actos tendientes a garantizar esa coordinación incumple su rol tutelar. Sin embargo, de modo paralelo a la justificación de las atribuciones públicas, este rasgo de las obligaciones convencionales marca el límite de esas competencias desde un punto de vista finalista, pues impone al Estado la necesidad de justificar el destino protectorio —empíricamente verificable— de la medida. En tanto el Estado posee potestades de regulación, imposición, expropiación y similares cuyo reconocimiento depende de su condición de instrumentos para el logro del deber de protección, él debe acreditar el efectivo respeto de esa finalidad y por lo tanto demostrar que la medida que implica una limitación se vincula con la correlativa protección de otros intereses involucrados.

Si el Estado prueba la protección, nos hallamos ante el cumplimiento de su deber positivo. Si no lo hace, nos encontramos ante una desviación de poder, pues se ha ejercido la facultad apartándose de las finalidades tenidas en miras por el ordenamiento convencional para su otorgamiento.

En ese orden, considerar que la actividad de los inversores se encuentra exenta de las potestades regulatorias implicaría plantear que en ese ámbito el Estado ve limitada su capacidad de protección, lo cual contradiría este rasgo esencial de las obligaciones internacionales en juego. En igual medida, postular que el Estado puede invocar cualquier propósito para modificar sin límite alguno las condiciones jurídicas *prima facie* amparadas en el TBI implicaría ubicar al inversor en una condición más desventajosa a la que ostenta cualquier persona sometida a la jurisdicción, es decir, incurrir en un trato discriminatorio. Por eso, la comprensión del carácter amplio de los mandatos

internacionales como fundamento pero también como límite de las facultades regulatorias puede resultar en una alternativa eficaz para lograr los equilibrios necesarios en este campo.

La primera propuesta es, entonces, incorporar la variable convencional del deber de protección al momento de evaluar la legitimidad de una medida en el marco de un TBI.

B. El control de convencionalidad de los laudos

La segunda variable que se explora en este trabajo para discernir la posición de las autoridades frente a los TBIs es la del control de los laudos arbitrales. Ese control está vedado desde el plano constitucional, pero resulta imperativo desde el convencional.

1. Las cortes domésticas y los tribunales arbitrales

Como hemos dicho, el sistema del CIADI niega cualquier margen local de revisión de los laudos y exige a los países cumplir con ellos como si se tratara de sentencias con autoridad de cosa juzgada. Si bien esa perspectiva clausura la posibilidad de que los jueces internos controlen esas decisiones, la complejidad de los intereses en disputa en los arbitrajes de inversión, que involucran a sectores estratégicos de la economía, ha superado de algún modo la pretendida claridad del modelo normativo. Esto surge del mero repaso de los casos judiciales en países de América, Asia y Europa en los que se ha desafiado la constitucionalidad de los propios TBIs, ciertos actos procesales de los arbitrajes, la embargabilidad de los bienes estatales al momento de ejecutar los laudos y hasta la propia validez material de esas decisiones (Bohoslavsky y Justo, 2010). Se percibe una alta dosis de heterogeneidad en las soluciones que ese recorrido expone a la fecha y ello obedece en gran medida a la insistencia en recurrir a reglas internas.

El alcance de la injerencia de las cortes domésticas en los arbitrajes internacionales de inversión es un aspecto que recién en los últimos años ha comenzado a analizarse, y es claro que se requiere un mayor nivel de consistencia y uniformidad en los criterios que deben regir ese diálogo (Hamida, 2009), aún cuando se encuentre limitado fuertemente por la imposibilidad de invocar normas internas para excusar el incumplimiento de obligaciones internacionales.

Por ello, frente a la necesidad de dar cuenta de la creciente interacción de los funcionarios nacionales —jueces, legisladores y administradores— con las decisiones de los órganos internacionales, el primer desafío consiste en trascender la estrategia centrada en la invocación del derecho interno —que se ha verificado como insuficiente en el momento actual de evolución del ordenamiento global— para dar paso al juego de las diferentes piezas del orden internacional dentro de cada Estado. Esa nueva perspectiva puede viabilizar la construcción de criterios más precisos que prevengan la vulneración de los intereses fundamentales que protege el ordenamiento jurídico en sus diferentes niveles y que, por esa misma razón, amparen a los inversores extranjeros contra medidas arbitrarias o discriminatorias. De ahí el control de convencionalidad.

2. El deber de controlar la convencionalidad de los laudos

La expresión de una mirada convencional de las autoridades nacionales en este campo consiste en reconocerles la facultad de controlar la convencionalidad de los laudos dictados en los arbitrajes. Ese control constituye una derivación natural del tenor de las obligaciones que imponen los pactos de derechos humanos, pues la labor de compatibilización que supone materializa el deber primario que pesa sobre los Estados parte de adoptar las medidas de cualquier índole tendientes a asegurar el goce efectivo de los derechos allí consagrados respecto de las personas sometidas a su jurisdicción (CIDH, *Almonacid Arellano*, 2006).

Ese tipo de escrutinio se presenta, entonces, como la primera consecuencia de conjugar la responsabilidad primaria de los Estados de garantizar por sí mismos el goce efectivo de los derechos convencionales con el rol suplementario que en pos de ella cumplen los órganos internacionales. Es justamente porque la primera respuesta a los derechos debe provenir de la esfera local que se asigna a las autoridades nacionales una tarea indeclinable: controlar a cada paso que sus prácticas sean conformes con las reglas de los tratados. Si los órganos nacionales omiten ese *test* y convalidan una medida lesiva de una garantía convencional nos encontraremos ante un caso de responsabilidad internacional que demandará la intervención de la autoridad supranacional y que se concretará en una condena a indemnizar los daños causados, cesar en la violación por medio de la remoción de cualquier obstáculo al goce del derecho y brindar garantías de no repetición.

El control de convencionalidad opera, en definitiva, como la segunda variable relevante para rediscutir el papel de las autoridades domésticas frente a los TBIs. En tanto agentes esenciales de la aplicación de los pactos, ellas deben velar porque las medidas que ejecutan no infrinjan los tratados y desde tal lugar controlar la convencionalidad sin verse expuestas a las limitaciones del *test* de constitucionalidad. Una vez que reconocemos la viabilidad de ese control de convencionalidad como instancia de armonización es posible pensar en mecanismos más fluidos de resolución de las controversias sobre inversiones que involucran derechos humanos. El recorrido empieza, justamente, en la labor arbitral.

En efecto, como primer paso, los árbitros deben favorecer una lectura del TBI que no conduzca a la infracción de los instrumentos que consagran derechos fundamentales (Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2003). Los árbitros conservan los medios y la libertad interpretativa para leer un TBI teniendo en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (lo que no excluye la protección razonable del derecho de propiedad). Ellos pueden lograr el punto de equilibrio que se busca.

Si esa tarea de armonización autónoma fracasa en el plano arbitral, y el Estado recibe dos señales contradictorias desde el derecho internacional (el laudo y el pacto), debe activar el *test* de convencionalidad, que es efectuado en una primera instancia por los órganos internos. La adecuación de la actuación legislativa, administrativa y judicial a los requerimientos convencionales incluye la inhibición jurídica de los laudos que los violen, al menos si el Estado pretende mantenerse dentro de las fronteras de ese sistema.

Si se intenta ejecutar un laudo que se constata anticonvencional, el juez, como órgano convencional interno, debe denegar su reconocimiento y ejecución, bajo pena de dar lugar a responsabilidad internacional del Estado del mismo modo en que ocurrió con los tribunales italianos en el precedente *Pellegrini* comentado anteriormente (véase la página 22). Final y subsidiariamente, el control lo podrán ejercer los órganos supranacionales correspondientes.

Tratándose de un conflicto entre normas de derecho internacional, la elusión de la restricción impuesta por el artículo 27 de la Convención de Viena trae consigo dos beneficios directos. Primero, se reduce el déficit de rendición de cuentas que padece el sistema de arbitraje de inversión (van Harten, 2007). Y segundo, al aplicar normas bien definidas y a la vez precisadas, en última instancia, por un tribunal único y supranacional, se minimizan los problemas asociados a la jurisprudencia contradictoria, las preferencias locales y la erosión que éstas pueden producir en términos de necesidades funcionales de uniformidad global.

Como podemos ver, sostener que en el marco de los arbitrajes de inversión las cortes domésticas no cumplen ningún rol implicaría simplificar en exceso la cuestión (Ball, 2006). Lo mismo ocurre cuando sencillamente se desconoce que ciertos laudos han subestimado la relevancia de las normas que protegen y promueven los derechos fundamentales, y que ello puede afectar negativamente la vigencia de esos derechos.

Esto no significa desconocer que la línea que separa una intervención judicial útil y necesaria de una excesiva y distorsiva es realmente delgada. De un lado, las razones institucionales y económicas que han dado vida a los mecanismos alternativos de resolución de disputas aconsejan ser conservadores en términos de intervenciones que puedan afectar la neutralidad y eficiencia del sistema (lo cual explica en gran medida el escaso e inconsistente desarrollo que se registra en materia de control de constitucionalidad). Por ese motivo es que una injerencia judicial indebida sobre un proceso arbitral puede constituir la afectación ilegítima de una inversión extranjera¹³.

Del otro lado, las razones políticas, institucionales e históricas que han dado vida a los sistemas convencionales de protección de los derechos humanos justifican ciertas intervenciones frente a laudos que puedan afectar la eficacia de esos mismos sistemas. Garantizando a las partes un procedimiento justo, y procurando contener las externalidades negativas que puedan derivar de las inversiones extranjeras y potenciar las positivas, no se podrían ignorar los intereses sociales, económicos y políticos que se agitan detrás de ciertas disputas arbitrales que involucran derechos fundamentales (en materia de acceso al agua, salud pública, protección del medio ambiente, prohibición de discriminación, alimentación y vivienda, derechos de los pueblos originarios¹⁴, protección de patrimonio de la humanidad¹⁵, etc.). En este punto el control de convencionalidad puede jugar un rol importante en la búsqueda de un adecuado equilibrio entre los derechos tensionados en los arbitrajes de inversión.

En ese marco, en efecto, la admisión del control de convencionalidad tiene la ventaja de superar la impermeabilidad del sistema de inversiones a los derechos humanos y permitir que éstos irradian sus efectos a través de la actuación espontánea de los árbitros al momento de dar vida al TBI. De igual forma, ese control debe computar las particularidades involucradas en los procesos de inversiones, generando de esa forma una retroalimentación entre los dos cuerpos de reglas. Así como el régimen de inversiones debe ser permeable al de los derechos humanos, éste debe dar cuenta de sus especificidades al momento de poner en práctica los mandatos convencionales.

No se trata, como se ve, de sustraerle al proceso político-democrático las decisiones vinculadas a la distribución de recursos escasos, de desconocer el impulso que los derechos civiles y políticos pueden generar sobre los sociales, económicos y culturales, o de negar el apalancamiento que

¹³ Corte Penal Internacional, *Framatome contra Atomic Energy Organisation of Iran* (decisión de jurisdicción, 30 de abril de 1982); CIADI, *Saipem contra Bangladesh* (caso ARB/05/7, del 30 de junio de 2009).

¹⁴ El de la explotación de recursos naturales ubicados en tierras de comunidades indígenas se nos presenta, en este marco, como un supuesto paradigmático de potencial conflicto entre las directivas convencionales y los derechos emanados de un TBI. Una jurisprudencia constante de la CIDH condiciona la compatibilidad de las concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en esas tierras con el derecho de propiedad comunal al cumplimiento de requisitos precisos, que incluyen la realización de evaluaciones previas de impacto ambiental y social, formulación de consultas con las comunidades afectadas y en ciertos casos la obtención de su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones. Además se debe prever el reparto de los beneficios entre el inversor y las comunidades (CIDH, *Pueblo Saramaka*, 2007; *Comunidades Indígenas Ngöbe*, 2010). Estas directivas condicionan la validez de los títulos de explotación otorgados por el Estado y en ciertos casos pueden implicar una interferencia respecto de situaciones jurídicamente protegidas que dé lugar a indemnizaciones en los términos del artículo 21 de la CADH. Lo que no resultaría admisible, en la tesitura planteada, es impedir su acatamiento por temor a represalias que ubiquen al Estado en la imposibilidad de dar cuenta de otros deberes. Ello constituiría un caso ya no de enfriamiento regulatorio sino de incumplimiento forzoso liso y llano. Si los Estados no pueden adecuar su ordenamiento y prácticas internas a las pautas fijadas por la corte interamericana se exponen a condenas. Lo que corresponde, entonces, es cumplir esos mandatos y recurrir a los institutos de responsabilidad estatal por interferencias legítimas, cuyo máximo exponente es la expropiación, en caso que la única forma de viabilizar ese acatamiento sea el sacrificio del derecho de propiedad del inversor.

¹⁵ Considerando aplicable la convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (sólo) a los fines de determinar el monto indemnizatorio de un reclamo derivado de la cancelación de la autorización para construir un hotel dentro del perímetro de las pirámides de Egipto que se encontraba protegido como bien cultural inalienable (*Southern Pacific Properties (Middle East) contra Egipto* (CIADI, caso ARB/84/3, laudo del 20 de marzo de 1992)).

las inversiones extranjeras directas pueden generar en términos de crecimiento económico. Lo que procura el control de convencionalidad propuesto aquí es forjar mecanismos concretos y eficaces de exigibilidad de ciertos derechos reconocidos por la comunidad internacional y al mismo tiempo maximizar las externalidades positivas que se esperan de esas inversiones. Por ejemplo, en el análisis de la convencionalidad de una medida que regule la actividad de un operador del servicio de provisión de agua potable no podría ignorarse el principio de eficiencia, que es precisamente el motor regulatorio del **efecto derrame** de esas inversiones (Bohoslavsky, 2010).

Desde una perspectiva más general vinculada a los movimientos en las jerarquías institucionales internacionales, de alguna manera la evolución hacia el control de convencionalidad de los laudos implica un cambio en la reproducción histórica de la tensión asimétrica que ha existido entre las miradas de los países desarrollados y en vías de desarrollo acerca del alcance de los derechos de los inversores extranjeros (Kaushal, 2009). Las convenciones de derechos humanos comprenden un abanico amplio de derechos colectivos e individuales (entre ellos el de propiedad), ubican al principio de proporcionalidad en el centro de las definiciones, son potencialmente receptivas a los principios técnicos que regulan actividades complejas, han sido ratificadas por una pluralidad de países, reflejan una cultura jurídica global y aseguran un sistema decisorio neutral (por lo menos en su vértice¹⁶) y capaz de unificar su jurisprudencia.

Cabe sin embargo preguntarse, someter a los TBIs y sus actos de aplicación a las reglas convencionales —que se aplican a toda persona sin discriminación por nacionalidad—, ¿implicaría dejar a los inversores extranjeros en la misma condición que los nacionales? En ese caso, ¿cuál sería el sentido de firmar un TBI?

Existen cuatro respuestas complementarias. La primera, que los TBIs mantienen una salvaguarda superior a las que otorga el derecho interno, consistente en la posibilidad de someter el diferendo en forma directa —sin necesidad de agotar los recursos internos— a un órgano arbitral. La ausencia de subsidiariedad es un dato de eficacia propio de los TBIs digno de mención. La segunda, que los principios jurídicos consagrados en los TBIs, al implicar el juzgamiento de conductas estatales, deben reflejar los principios reconocidos por los principios constitucionales domésticos (Montt, 2009; Schill, 2010), y a su vez éstos deben plasmar progresivamente los derechos consagrados en las convenciones, con lo que el control propuesto refuerza ambas tendencias. La tercera, que el examen de convencionalidad puede complementarse con un sistema arbitral, tal como sucede cuando el Estado reconoce su responsabilidad por haber violado la convención pero las partes someten a arbitraje la determinación del *quantum* indemnizatorio o la naturaleza específica de la sanción, respetando estándares convencionales¹⁷. Y la cuarta, que existen infinidad de casos en los que sencillamente se trata de la afectación del derecho de propiedad del inversor sin que estén comprometidos derechos convencionales o sin que el Estado acredite el objetivo protectorio de la restricción, con lo que los TBIs asumen un rol definitorio en la suerte de esos arbitrajes.

¹⁶ Para su ponderación se puede realizar una aplicación adaptada de los “*Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*”, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985 (disponible en Internet en: <http://www2.ohchr.org>).

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Gabriel Egisto Santillán*, caso 12.159.

V. Competencias en tensión

Este trabajo parte de entender que el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por los Estados en el campo de los DESC puede verse obstaculizado cuando no se les permite o inhibe la implementación de las políticas públicas encaminadas a ese fin. Es para evitar las consecuencias negativas de esa situación que se propone analizar las medidas regulatorias que afectan a los inversores en clave convencional —evaluando como incide en ellas la presencia del deber de protección— y también reconocer la capacidad de las autoridades nacionales de controlar la convencionalidad de los laudos arbitrales.

Ingresando entonces en ese escenario de oposición entre mandatos internacionales que una visión aislada de los dos regímenes puede ocasionar —y que se intenta aquí evitar—, tenemos que la incompatibilidad de un laudo con un pacto de derechos humanos puede surgir de diferentes situaciones cuyo denominador común es la pretensión de su inaplicabilidad a la controversia entre el inversor y el Estado. El dato central reside en un intento de desplazamiento normativo del pacto de derechos humanos al momento de aplicar el TBI que conduce a una fragmentación del derecho internacional que debe desanimarse mediante pautas de armonización (CDI, 2006).

En ese contexto, la afectación del pacto por parte del laudo puede ser directa o derivada. En la primera categoría el laudo declara —expresa o tácitamente— que los mandatos convencionales no se aplican a la resolución del diferendo, esto es, a la exégesis del TBI. En la segunda, el laudo inhibe —por su *quantum*— el cumplimiento del deber de protección a cargo del Estado, aún cuando no declara a la medida como ilícita.

La incompatibilidad directa es expresa cuando el TBI es abordado como un ámbito inmune a las reglas convencionales, por ejemplo, cuando el laudo se niega a analizar las defensas estatales fundadas en esas reglas por desconocer, abiertamente, su calidad de derecho aplicable, tal como sucedió en el caso *Biwater Gauff contra Tanzania* ya mencionado (véase la página 16).

A su vez, la incompatibilidad directa es tácita cuando el laudo estima ilícita (violatoria del TBI) a una medida estatal dictada en cumplimiento preciso del deber de protección impuesto por los tratados de derechos humanos y que procura precisamente interrumpir o prevenir la violación de estas normas (Knoll-Tudor, 2009). Ello puede suceder, por ejemplo, si una medida regulatoria orientada razonable y fehacientemente hacia esa protección es declarada arbitraria, abusiva, infundada o discriminatoria. En este rubro se pueden ubicar los casos arbitrales en los cuales se condenó a Argentina por las medidas generales y extraordinarias dictadas en virtud de la profunda crisis

económico-social padecida por ese país durante el periodo 2001-2005, que estaban destinadas a garantizar la accesibilidad económica de ciertos servicios públicos básicos¹⁸. A pesar de que la asociación pareciera obvia (van Aaken, 2006), en esos laudos no se realizó un análisis de las normas de derechos humanos involucradas en cataclismos económico-sociales.

Puede ocurrir que el laudo interprete los términos del TBI en contradicción con los mandatos impuestos por los instrumentos de derechos humanos, aplicando sus conceptos jurídicos (como trato justo y equitativo) de modo incompatible con las directivas de aquéllos. Ello sucede, por ejemplo, si se decide que no resulta originariamente exigible al prestador de un servicio público —como el de abastecimiento de agua potable— garantizar su continuidad o salubridad aún sin disposición expresa y que esa exigencia “ulterior” —plasmada en una medida regulatoria— es indemnizable sin atenuantes¹⁹; también cuando se establece que no es exigible a un inversor asegurar la eficacia de los medicamentos que produce o la seguridad de las obras que construye; o la no contaminación excesiva; el pago de salarios dignos u otorgamiento de beneficios de seguridad social a los trabajadores; la imposibilidad de recurrir a mano de obra infantil; el respeto de derechos de inmigrantes indocumentados; la prohibición de discriminación por razón de raza, sexo, religión o inclinaciones políticas, entre otros; e incluso cuando se declara que deben indemnizarse, en una extensión que no contemple los intereses convencionales comprometidos, requerimientos tales como la accesibilidad al servicio o producto por parte de ciertos grupos vulnerables.

Todas esas obligaciones convencionales son directamente exigibles al inversor (al igual que a cualquier persona pública o privada —eficacia horizontal—) aún sin una declaración expresa en tal sentido (la declaración ya existe, está en los tratados de derechos humanos) y por ende su implementación no implica un cambio de reglas de juego indemnizable. La interpretación contraria denotaría que el inversor tiene asegurada la facultad de no respetar los derechos humanos, solución no admisible. La relación que puede existir entre la prohibición genérica de exigir estándares de desempeño (“*performance requirements*”) que establecen numerosos TBIs (Dolzer y Schreuer, 2008) y ciertas obligaciones convencionales, es, se ve, potencialmente conflictiva. Lo mismo puede ocurrir con las cláusulas de estabilización que suelen contemplar los acuerdos de inversión si se entiende que aquéllas prohíben acciones estatales que protejan los derechos consagrados en los pactos de derechos humanos (Černič, 2010).

De esa forma, si un laudo declara como expropiación indirecta a una medida estatal que reglamenta razonablemente el ejercicio de la actividad del inversor con el fin de proteger un derecho convencional, por ejemplo fijando estándares de conducta generalmente admitidos en el plano global en materia laboral o ambiental²⁰, incurre en contradicción con los pactos.

Por último, el supuesto de infracción derivada. Puede acaecer que el laudo desconozca el necesario sentido convencional de una medida estatal e induzca en el Estado un comportamiento incompatible con el deber de protección. Ello ocurre si la decisión arbitral —aún cuando reconozca la validez de la medida estatal— impone una carga desproporcionada al Estado en virtud de patrones indemnizatorios que desconocen la presencia de esos intereses en la disputa en cuestión. Por ejemplo, si el laudo compele a indemnizar por la fijación de un salario mínimo para los trabajadores y ello

¹⁸ *CMS Gas Transmission Company contra Argentina* (CIADI, 2005) y *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets contra Argentina* (CIADI, 2007) (Alvarez y Khamsi, 2008; Kurtz, 2008). Más recientemente un caso que involucraba los servicios de agua potable, desestimando la defensa de estado de necesidad, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra Argentina* (CIADI, laudo del 30 de julio de 2010).

¹⁹ Por ejemplo, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra Argentina* (CIADI, laudo del 30 de julio de 2010). Los estándares mínimos de calidad condicionan las bases de cualquier contrato de concesión o licencia (McCaffrey, 2005; Thielborger, 2009).

²⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed contra México* (CIADI, 2003), *Metalclad contra México* (NAFTA, 2000) y *S.D. Myers contra Canadá* (NAFTA, 2001). Sobre las implicancias regulatorias del derecho humano de acceso al agua potable, véase Bohoslavsky (2010).

implica transferir todo el peso económico de la protección hacia el Estado, obligándolo a optar por retroceder en la medida o asumir el costo laboral de aquel sector de la economía nacional gestionada por inversores amparados en los TBIs.

Como se indicara ya, uno de los atractivos que presenta la CADH para el análisis desarrollado en este trabajo consiste en que ella se aplica a una serie de países que se encuentran demandados en procesos arbitrales iniciados por inversores pero que, al mismo tiempo, adolecen de un grave déficit en la satisfacción de sus obligaciones internacionales en materia de derechos, especialmente DESC. En los dos regímenes los Estados se exponen a condenas por incumplimiento y de lo que se trata es que esas decisiones no les demanden conductas contrapuestas.

Desde esa perspectiva, cuando la interpretación del TBI se traduce —a través de una condena— en una carga presupuestaria que compromete la capacidad estatal para cumplir eficazmente con sus obligaciones en materia de derechos convencionales —sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales— el país queda sumido en una disyuntiva que la premisa de juridicidad del derecho internacional debería desalentar: incumplir el TBI —y exponerse a condenas por ello— o hacer lo mismo con los pactos y arriesgarse a similar desenlace. El ordenamiento internacional no puede exigir el cumplimiento de los TBIs al costo de sacrificar los derechos convencionales, así como tampoco puede obligar a los inversores a que costeen esos mismos derechos de una manera discriminatoria, arbitraria o irrazonable. Ese sistema jurídico, visto como un todo, no debería demandar a los Estados que se ubiquen en escenarios de infracción a sus diferentes deberes que distan de ser hipotéticos, al menos en países en los que actualmente puede constatar una clara deuda —cuantificable en dinero— en la cobertura mínima de acceso a ciertos derechos, tal el caso de los servicios de abastecimiento de agua potable.

Como se señaló antes, el deber positivo de protección derivado de la exigibilidad horizontal de las obligaciones en materia de derechos humanos actúa como fundamento y límite de las facultades regulatorias que pueden incidir en la situación de los inversores. El Estado debe demostrar de modo fehaciente que una determinada medida que se traduce en la limitación material de los derechos del inversor tiene por objeto cumplir adecuada, necesaria y proporcionalmente con el deber de protección de algún derecho convencional de titulares identificables individual o grupalmente. En otros términos, debe probar que el objeto tangible y viable de la medida es abandonar su rol de infractor en ese campo y respecto a esas personas. No alcanza con invocar conceptos como el bien común o el interés general ni tampoco ampararse en el mero cambio de estrategias gubernamentales o de orientación del gasto público si no se acredita que esas decisiones vienen exigidas jurídicamente por las convenciones. Por ejemplo, el Estado deberá probar que la decisión constituye el único modo de satisfacer las obligaciones básicas inderogables del PIDESC (acceso inmediato a niveles esenciales de cada derecho y no discriminación) o el mandato de progresividad y sus presupuestos (destino del máximo de recursos disponibles y no regresividad) contenido en ese instrumento. Negar en forma absoluta en el ámbito arbitral la relevancia de la motivación de la medida gubernamental implica de alguna manera vedar a Estado la posibilidad de justificarla, si correspondiera, en los términos de ese tratado, así sea para reducir el *quantum* indemnizatorio establecido por los árbitros²¹.

Cuando se demuestra que la medida materializa —bajo pautas de proporcionalidad— (Krommendijk y Morijn, 2009) ese deber de cumplimiento y que el laudo compromete su viabilidad presupuestaria en un escenario de claro déficit de protección y ausencia de recursos, nos encontramos ante una hipótesis derivada de colisión que debe neutralizarse para no someter al sistema internacional a tensiones irreconciliables. No cabe aquí aducir la fungibilidad de los recursos fiscales para negar la posibilidad de incompatibilidad entre el laudo y los deberes convencionales (alegando que el Estado puede proteger mientras pague al inversor y que frente a ello el origen del dinero es indiferente). Esa

²¹ Laudos exponentes de la doctrina que sólo focaliza en las consecuencias objetivas (“*sole effects*”): *Técnicas Medioambientales Tecmed contra México* (CIADI, 2003), *Siemens contra Argentina* (CIADI, 2007) y *Starrett Housing Corporation contra Irán* (Tribunal Arbitral Irán-EE.UU., 1983).

fungibilidad funciona, naturalmente, en un escenario de disponibilidad de recursos y por ende se termina cuando el presupuesto global del Estado no permite pagar los laudos derivados de la interpretación del TBI y cumplir mínimamente los mandatos convencionales. Va de suyo que esos mandatos imponen erogaciones públicas cuantificables en forma precisa para cada derecho (por ejemplo, porcentaje de recursos presupuestarios que demanda en un determinado país el cumplimiento de las obligaciones básicas en materia de derecho a la salud, vivienda o educación).

En este supuesto, la mecánica de infracción a las directivas de los pactos se establece mediante la síntesis de dos condiciones sucesivas: primero un laudo que subestima la finalidad y función convencionales de una medida estatal, y segundo el impacto presupuestario negativo que aquél genera en el caso concreto, que además se proyecta como mensaje hacia la acción estatal en su conjunto, impidiendo utilizar las herramientas que ofrece la convención para balancear adecuadamente la propiedad con otros derechos. Es importante notar, inclusive, que ese mensaje —que tiende a inhibir el rol gubernamental activo que los derechos humanos exigen— no sólo puede provenir del contenido concreto de las condenas, sino también de las argumentaciones que se despliegan en los laudos, en especial por su capacidad de influencia en otras decisiones arbitrales. Ello da cuenta de lo sensible de la cuestión y de la especial prudencia que se espera de los árbitros.

La imposición de cargas indemnizatorias excesivas puede traducirse en un obstáculo —inmediato o mediato— al cumplimiento del deber de protección²², especialmente si compromete presupuestariamente la posibilidad de satisfacer los mandatos en materia de niveles mínimos de exigibilidad y no regresividad de los DESC. Además, ese enfriamiento regulatorio puede constituir una violación autónoma de la CADH si de él se deriva una limitación al cumplimiento genérico de sus artículos 1.1 y 2. En efecto, una medida estatal —sea basada en decisiones domésticas o en la ejecución de órdenes internacionales— que reduzca de manera objetiva la posibilidad de respetar o garantizar los derechos en el modo en que esas disposiciones lo exigen contradice el pacto²³. De igual manera, si la orden dirigida al Estado le impide cumplir con el deber de adecuación de su ordenamiento interno a la CADH, en especial porque establece un costo excesivamente alto —prohibitivo— para el desarrollo de las reformas o medidas positivas necesarias para asegurarla, también nos hallaremos ante una incompatibilidad (Waincymer, 2009), todo lo cual potencia las externalidades negativas de ese orden. Vale aclarar que para demostrar el cumplimiento del deber de adecuación el Estado debe acreditar el resultado concreto de la reforma, no siendo suficiente con haberlo intentado (CIDH, *Caesar*, 2005). Si no se alcanza el logro existe responsabilidad por violación a este mandato.

Es que garantizar los derechos demanda del Estado la remoción de los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de ellos. Si un laudo —por ejemplo, por el *quantum* de la condena que fija— se constituye en un obstáculo para la adecuación de un servicio público o una actividad industrial a los estándares convencionales, la obligación de garantía demanda su remoción. Esas circunstancias deben probarse, no se presumen y en el caso de los DESC deberá acreditarse con fehaciencia y certeza de qué forma concreta el laudo produce ese efecto. El análisis integral de la dimensión fiscal cobra aquí un rol central (Steiner, Alston y Goodman, 2007).

A la luz de lo dicho, si la medida estatal en cuestión es considerada como un reflejo de los mandatos convencionales pero exige un sacrificio singular al inversor extranjero, deben regir, los principios armonizadores de legalidad, proporcionalidad, justa indemnización y similares. En este punto no ha de perderse de vista que en la mayoría de los sistemas legales domésticos las medidas estatales de alcance general rara vez justifican compensaciones económicas (Montt, 2009). Ese

²² Sobre este deber véase Eide (1987).

²³ El CDESCR considera que la omisión del Estado en tomar en cuenta sus obligaciones convencionales al momento de celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, tales como corporaciones multinacionales, constituye un típico supuesto de violación de la obligación de respeto a su cargo (Observación General 14 del CDESCR).

aspecto constituye una derivación natural de la naturaleza abierta y dinámica de la democracia, que trae aparejada la improponibilidad de una regla indemnizatoria ante los cambios legislativos que afectan a la generalidad de los ciudadanos (García de Enterría, 2003). Esta noción se expresa en la idea de carga pública y hace que sólo se admita indemnización cuando la igualdad en su distribución se altera. La reparación tiene justamente ese sentido de recomposición del trato igualitario ante los deberes comunitarios.

En un sistema democrático la obediencia a las decisiones colectivas no configura un daño indemnizable, pues la existencia misma de la organización estatal depende de un deber jurídico en cabeza de cada ciudadano de **soportar el costo** generado por sus decisiones (Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, *Columbia*, 1992; *Rebesco*, 1995; *Friar*, 2006). Sólo cuando la medida altera el estándar de igualdad ese deber puede dar lugar a indemnización, en la medida en que la ausencia de reparación pueda implicar la imposición de un sacrificio diferencial. Más allá de ese supuesto excepcional, hace a la existencia misma de un sistema de gobierno que no exista una inmunidad contra sus regulaciones por parte de los destinatarios. Como ha dicho la corte argentina, *“el presupuesto de todo análisis sobre aplicación de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo, consiste en que dicho actuar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida. Aún cuando el administrado entienda haber sufrido un perjuicio directo y cierto, éste no puede ser reparable porque no resulta de una lesión a una situación jurídicamente protegida ... En ausencia de este presupuesto no puede sostenerse ... que existe en consecuencia un daño resarcible por el Estado con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante la carga pública”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, *Revestek*, 1995).

Obviamente, la facultad de no obedecer el derecho sancionado por la autoridad democrática lejos está de configurar una situación jurídicamente protegida y por lo tanto la falta de indemnización de una medida regulatoria razonable y proporcional sólo puede implicar una violación al derecho de propiedad si ella constituye una determinación discriminatoria (esa discriminación está vedada tanto por el TBI como por el tratado de derechos humanos), por imponer exclusivamente al inversor los costos de una decisión que redunde en beneficio de la comunidad (sacrificio especial). Si ese trato desigual no se configura, por cuanto los costos de la medida de protección recaen sobre el conjunto de agentes económicos del país, la interferencia no sería indemnizable, en tanto aparecería como una simple expresión del ejercicio de las potestades estatales que —como vimos— encuentran su justificación y límite en el deber de protección de los derechos humanos.

V. Recomendaciones

Las convenciones de derechos humanos cristalizan la decisión de los Estados que las ratifican de someterse a un orden jurídico que —por medio de obligaciones objetivas y garantía colectiva— les permita alcanzar cooperativamente un propósito común que al parecer no han podido lograr solos: que las personas sometidas a su autoridad tengan acceso al ejercicio efectivo de los derechos que allí se consagran. El desafío de ese esquema es la efectividad, evitando la mera declamación, y por ello ese orden jurídico convencional establece un catálogo de obligaciones mínimas de imperativo acatamiento frente al cual no cabe oponer otros compromisos, sean internos o internacionales. A la par, los rasgos propios de las obligaciones específicamente consagradas en las convenciones —en especial su operatividad horizontal— juegan, a través del deber de protección que engendran, como fundamento y límite de las facultades regulatorias que pueden impactar en los derechos de los inversores.

Es en ese marco que los países se han comprometido —entre otras cosas— a organizar su estructura gubernamental de modo de obtener niveles mínimos en el disfrute del derecho al agua por parte de su población y lograr progresivamente su plenitud. La articulación esencial para la consecución de esos objetivos no es otra que la adopción de medidas públicas (legislativas, administrativas o judiciales) encaminadas razonable y concretamente hacia esa finalidad tutelar.

Como resultado de esa premisa cooperativa y sus ramificaciones, los miembros de los sistemas de derechos humanos no tienen dada la posibilidad de justificar una infracción —por acción u omisión— a sus deberes aduciendo el cumplimiento de otro compromiso internacional, del mismo modo en que no pueden oponer su derecho interno. La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos establece claramente que cada miembro es responsable en esos órdenes más allá de todo otro compromiso que pueda haber asumido en paralelo y por ende no puede invocar la convención del CIADI o un TBI para incumplir las convenciones. Sólo les queda denunciarlas, siempre que esté contemplada expresamente esa posibilidad en la propia convención y en todo caso con efectos hacia el futuro (artículo 78 de la CADH).

Ello implica que todos los actores del sistema —tanto domésticos como supranacionales— deben velar por que las prácticas que involucren a los miembros —cualquiera sea su origen o modalidad— se conformen con las directivas de los pactos y desde ese lugar interesa reafirmar el rol central de las autoridades nacionales. La convencionalidad que late en la finalidad de ciertas regulaciones estatales registra, naturalmente, el respaldo de un sistema sin intersticios de inmunidad:

cuando nos hallamos ante la concreción razonable y proporcionada del deber de tutelar, desafiar esas regulaciones implica también eludir el régimen de tutela de los derechos fundamentales.

Desde esa perspectiva, la afectación que un laudo puede provocar en términos de derechos convencionales puede ser directa o derivada. El primer caso se presenta cuando el laudo desconoce un derecho fundamental o invalida una medida que cumple con el deber de protección emanado del pacto. La afectación es derivada cuando la ignorancia del componente convencional de la medida estatal juzgada impone un costo presupuestario prohibitivo para el Estado, que a su vez lo inhibe de organizar su aparato estatal del modo en que la CADH se lo exige. Esto último es así en aquellos supuestos en los que priorizar los derechos fundamentales de la población por sobre los del inversor extranjero —con la carga económica del laudo que eso implicaría— sería sencillamente una opción demasiado costosa²⁴.

Cuando se resuelve un diferendo entre el Estado y un inversor que involucra algún derecho amparado en el régimen convencional, los árbitros deben dar cuenta de la interacción entre los dos regímenes internacionales involucrados y no pueden desplazar del análisis a ninguno de ellos (los inversores no son inmunes a la letra de los pactos de derechos humanos; Černič, 2010). La pauta básica para gestionar razonablemente esa interacción consiste en encontrar lecturas del TBI que resulten compatibles con las directivas en materia de derechos humanos y viceversa. Existe una necesidad de armonización a fin de evitar la fragmentación de un orden jurídico internacional que aspira a la juridicidad y —consecuentemente— a la coherencia (CDI, 2006). Ningún TBI prescinde expresamente de la aplicación de convenciones de derechos humanos. De hecho, el artículo 42 de la convención del CIADI, el 31.3.c de la Convención de Viena y las cláusulas abiertas de los TBIs que se refieren a la aplicación del derecho internacional ofrecen las ventanas formales para que el derecho de las inversiones sea aplicado de manera consistente con el de los derechos humanos.

A partir de la posibilidad de esa armonización, los esfuerzos deben orientarse hacia la jerarquización del papel de las autoridades estatales en el marco de los TBIs. Ellas asumen un rol trascendente como agentes necesarios de la vigencia de los pactos de derechos humanos y —desde ese lugar— se postula la incorporación de dos reglas a la dinámica de funcionamiento de los TBIs: i) obligación de los árbitros de valorar la medida regulatoria desde la perspectiva del deber de protección consagrado en los pactos de derechos humanos, evitando que el laudo comprometa su eficacia; y; ii) facultad estatal de controlar la convencionalidad de los laudos y abstenerse de cumplirlos en caso de respuesta negativa.

La redistribución de fuerzas que tales propuestas implican en el marco de los TBIs es tangible y debe por lo tanto ser objeto de un debate amplio y plural. Desde esa vocación, teniendo en cuenta lo controvertido del tema y sus profundas proyecciones para todos los países sometidos a la CADH, sería interesante explorar la posibilidad de requerir —por conducto de los sujetos legitimados— una opinión consultiva a la CIDH (artículo 64 de la CADH) tendiente a dilucidar las reglas aplicables a la interacción de los sistemas internacionales de derechos humanos y de inversiones. A simple título ejemplificativo, esa solicitud podría contener los siguientes interrogantes: ¿Puede el cumplimiento del deber de protección de un derecho humano generar responsabilidad internacional del Estado? ¿En qué casos? ¿Cuál sería el alcance de la indemnización? ¿Admite la CADH la ejecución de un laudo contrario a ella dictado en un arbitraje de inversión? En su caso, ¿Qué órgano está facultado para verificar tal extremo?

En todo caso, tal como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos lo ha sugerido (2003), es conveniente que los Estados incluyan explícitamente en las negociaciones y luego en los TBIs y acuerdos de inversión argumentos vinculados a los derechos humanos de manera que los árbitros realicen las más amplias consideraciones acerca del contexto social y legal aplicables al caso.

²⁴ Analizando este problema desde la óptica de la práctica del NAFTA en materia de protección del agua, véase Bernasconi-Osterwalder y Brown Weiss (2005).

Bibliografía

- Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2003), *Human rights, trade and investment. Report of the High Commissioner for Human Rights*, 2 de julio de 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9, Naciones Unidas (disponible en Internet en: <http://www.unhchr.ch>).
- Alvarez, José y Kathryn Khamsi (2008), “The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment”, *International Law and Justice Working Papers*, N° 2008/5, New York University, Nueva York (disponible en Internet en: <http://www.law.nyu.edu>).
- Ball, Markham (2006), “The essential judge: the role of the courts in a system of national and international commercial arbitration”, *Arbitration International*, volumen 22, N° 1.
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie y Edith Brown Weiss (2005), “International investment rules and water: learning from the NAFTA experience”, *Fresh Water and International Economic Law*, Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes y Nathalie Bernasconi-Osterwalder (eds.), Oxford University Press.
- Bohoslavsky, Juan Pablo (2010), Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Colección Documentos de Proyectos*, LC/W.326, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Bohoslavsky, Juan Pablo y Juan Bautista Justo (2010), “Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe (disponible en Internet en: <http://carlososeposito.files.wordpress.com>).
- CDI (Comisión de Derecho Internacional) (2006), *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.702, Naciones Unidas.
- Černič, Jernej (2010), *Human Rights Law and Business*, Europa Law Publishing, Amsterdam.
- Choudhury, Barnaly (2008), “Recapturing public power: is investment’s arbitration engagement of the public interest contributing to the democratic deficit”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, mayo.
- Chueca Sancho, Ángel (1999), *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona.
- Clapham, Andrew (2006), *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press.
- Dolzer, Rudolf y Christoph Schreuer (2008), *Principles of international investment law*, Oxford University Press.
- Dupuy, Pierre-Marie; Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.) (2009), *Human Rights in International Investment Arbitration*, Oxford University Press.

- Eide, Asbjorn (1987), *The Right to Adequate Food as a Human Right*, E/CN.4/Sub.2/1987/23, Naciones Unidas.
- Franck, Susan (2005), “The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions”, *Fordham Law Review*, volumen 73.
- García de Enterría, Eduardo (2003), “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista Derecho Administrativo*, 2003-1, Buenos Aires (disponible en Internet en: <http://www.cepc.es>).
- Hamida, Ben (2009), “Investment treaties and domestic courts: a transnational mosaic reviving Thomas Wälde’s legacy”, *A Liber Amicorum: Thomas Wälde — Law Beyond Conventional Thought*, Jacques Werner y Arif Hyder Ali (eds.), CMP Publishing.
- Jacob, Marc (2010), “International investment agreements and human rights”, *INEF Research Paper Series Human Rights*, N° 03/2010.
- Kaushal, Asha (2009), “Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime”, *Harvard International Law Journal*, volumen 50, N° 2.
- Knoll-Tudor, Ioana (2009), “The fair and equitable treatment standard and human rights norms”, *Human Rights in International Investment Arbitration*, Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), Oxford University Press.
- Knox, John (2008), “Horizontal human rights law”, *American Journal of International Law*, N° 102.
- Krommendijk, Jasper y John Morijn (2009), “‘Proportional’ by what measure(s)?: balancing investor interests and human rights by way of applying the proportionality principle in investor-state arbitration”, *Human Rights in International Investment Arbitration*, Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), Oxford University Press.
- Kurtz, Jürgen (2008), “Adjudging the exceptional at international law: security, public order and financial crisis”, *The Jean Monnet Working Paper Series*, N° 06/08, New York University, Nueva York.
- McCaffrey, Stephen (2005), “The human right to water”, *Fresh Water and International Economic Law*, Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes y Nathalie Bernasconi-Osterwalder (eds.), Oxford University Press.
- Montt, Santiago (2009), *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Pavoni, Ricardo (2009), “Environmental rights, sustainable development, and investor-state case law: a critical appraisal”, *Human Rights in International Investment Arbitration*, Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), Oxford University Press.
- Peterson, Luke y Kevin Gray (2003), *International human rights in bilateral investment treaties and in investment treaty arbitration*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Winnipeg.
- Posner, Eric (2009), *The Perils of Global Legalism*, Chicago, University of Chicago Press.
- Reinisch, August (2005), “The changing international legal framework for dealing with non-state actors”, *Non-State Actors and Human Rights*, Philip Alston (ed.), Oxford University Press.
- Rose-Ackerman, Susan y Jim Rossi (2000), “Disentangling deregulatory takings”, *Virginia Law Review*, volumen 86.
- Rousseau, Jean (1993), *El contrato social*, Altaya, Barcelona.
- Schill, Stephan (2010), “International investment law and comparative public law — an introduction”, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Stephan Schill (ed.), Oxford University Press.
- Schreuer, Christoph (2001), *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge University Press.
- Steiner, Heny, Philip Alston y Ryan Goodman (2007), *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press.
- Thielborger, Pierre (2009), “The human rights to water vs investor rights: double-dilemma or pseudo-conflict?”, *Human Rights in International Investment Arbitration*, Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), Oxford University Press.

- UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) (2009), “Recent developments in international investment agreements (2008-June 2009)”, *IIA Monitor*, N° 3 (disponible en Internet en: <http://www.unctad.org>).
- van Aaken, Anne (2006), “Zwischen scylla und charybdis: völkerrechtlicher staatsnotstand und internationaler investitionsschutz”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, N° 105.
- van Harten, Gus (2007), “Investment treaty arbitration and public law”, *Oxford Monographs in International Law*, Oxford University Press.
- Waincymer, Jeff (2009), “Balancing property rights and human rights in expropriation”, *Human Rights in International Investment Arbitration*, Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), Oxford University Press.
- Weiler, Todd (2004), “Balancing human rights and investor protection: a new approach for a different legal order”, *Boston College International Law Review*, N° 27.