



# 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 aplicación<sup>1</sup>, 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

预览已结束，完整报告链接和二维码如下：

[https://www.yunbaogao.cn/report/index/reportId=5\\_1559](https://www.yunbaogao.cn/report/index/reportId=5_1559)

