

# **SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES VIS-A-VIS LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

**Por Javier Echaide**

## **RESUMEN**

En el año 2000 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) incluyó dentro de sus temas de trabajo los "riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional". En el año 2006 se presentó un completo informe a la CDI, como resultado abordando lo que se conoce como la fragmentación del Derecho Internacional Público.

A medida que el derecho internacional fue desarrollándose progresivamente se evidenció una tendencia hacia especializarse en un número cada vez más creciente de temas, hasta poner en riesgo su homogeneidad como rama jurídica y potenciar una posible fragmentación. Esta tendencia se ha marcado a raíz de nuevos temas que han colocado al derecho internacional en un delicado punto entre sub-áreas del derecho internacional y derechos completamente autónomos de él.

En este trabajo abordamos esta problemática en relación con dos sub-ramas del derecho internacional como son el derecho de las inversiones y los derechos humanos aplicadas al agua potable.

## **PALABRAS CLAVES**

Derecho internacional - derechos humanos – CIADI – TBI - tratados de inversión - CDI.

# **ABOUT HUMAN RIGHT TO WATER AND THE FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: THE INTERNATIONAL INVESTMENT PROTECTION VIS-A-VIS HUMAN RIGHTS AS ERGA OMNES OBLIGATIONS**

**By Javier Echaide**

## **ABSTRACT**

In 2000 the International Law Commission (ILC) included within their work issues the “risks arising from the fragmentation of international law”. In the year 2006 the ILC published a full report as a result addressing what is known as the fragmentation of public international law.

As international law developed gradually evidenced a trend towards specializing in an increasingly growing number of issues to jeopardize their homogeneity as legal branch and enhance potential fragmentation. This trend has been marked as a result of new topics that placed international law in a delicate spot between sub-areas of international law and completely independent of it.

In this paper we address this problem on two sub-branches of international law such as the right investment and human rights applied to drinking water.

## **KEY WORDS**

International law - human rights - ICSID - BIT - investment treaties - ILC.

# **SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES VIS-A-VIS LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

**Por Javier Echaide\***

## **Introducción**

En el año 2000 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) incluyó dentro de sus temas de trabajo los “riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional”. La Asamblea General de la ONU solicitó al año siguiente que continuara con su investigación y en 2002 formó un Grupo de Estudio presidido por el Prof. Bruno Simma.

En el año 2006 el Grupo de Estudio, ahora presidido por el Prof. Martti Koskeniemi, presentó un completo informe a la CDI, como resultado de su trabajo encomendado tres años antes. Dicho informe aborda lo que se conoce como la fragmentación del Derecho internacional público, y tituló su informe con el nombre correspondiente al tema agregado por la CDI en 2002 dentro de su plan de trabajo a largo plazo: “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”.<sup>1</sup>

El derecho internacional es una rama dentro de la ciencia jurídica que nació básicamente con pocos asuntos centrales sobre los cuales preocuparse: los conflictos armados –que para el nacimiento del derecho internacional clásico esto se identificaba plenamente con los actos de guerra-, el aprovechamiento del mar como ámbito estratégico de despliegue de los intereses de los Estados y de particulares, y la diplomacia como forma de relacionarse con Estados políticamente aliados o con aquellos con los cuales resultaba desventajoso guerrear. Con el devenir del tiempo el derecho internacional profundizó las áreas mencionadas, así como dando nacimiento a nuevos temas bajo su órbita.

---

\* Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires. Título de la Tesis Doctoral: “El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones”. Docente de Derecho Internacional Público en la UBA y en la UNLZ. Investigador UBA. Miembro adscripto del Instituto de investigaciones Ambrosio Gioja. Autor de publicaciones en su especialidad.

<sup>1</sup> CDI, Informe “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, 2006. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement> (consultado en agosto 2012).

A medida que el derecho internacional fue desarrollándose progresivamente se evidenció una tendencia hacia especializarse en un número cada vez más creciente de temas, hasta poner en riesgo su homogeneidad como rama jurídica y potenciar una posible fragmentación. Esta tendencia, sagazmente detectada hace más de cincuenta años por el jurista británico y Director General de la OIT, Wilfred Jenks, ha sido cada vez más marcada durante las últimas décadas, por cuanto han surgido temas tan específicos en su regulación desde el derecho internacional que ha colocado al derecho internacional público en un delicado punto entre detentar sub-áreas de investigación y regulación o reconocer ámbitos de derechos completamente autónomos del derecho internacional general.

Precisamente, la CDI dedicó parte de sus estudios a este problema creciente del derecho internacional, problema que abordamos en este trabajo tomando la posible relación entre dos sub-ramas del derecho internacional: el derecho internacional de las inversiones –básicamente nucleados en tratados bilaterales de inversiones (TBI) y en los laudos emitidos por los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)- y el derecho internacional de los derechos humanos, ambas aplicadas a un recurso natural elemental como es el agua potable.

### **El fenómeno de la fragmentación en el derecho internacional**

En sus 294 hojas, el informe realiza un estudio pormenorizado sobre la fragmentación como fenómeno y sus antecedentes, el concepto de la armonización como forma de integración sistémica del derecho internacional, los posibles conflictos entre ley especial y ley general, el regionalismo, los regímenes autónomos (*self-contained regimes*), la relación de éstos con el derecho general en circunstancias normales, las relaciones de importancia entre el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el resto de las normas internacionales como conflicto de normas, y el principio de integración sistémica, entre otras cuestiones.

Así es cómo en sus primeras páginas ya refleja la preocupación cada vez mayor por parte de la comunidad internacional y con directa relación a lo que recién comentábamos:

*“Lo que antes aparecía regido por el "derecho internacional general", se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el "derecho mercantil", el "derecho de los derechos humanos", el "derecho ambiental", el "derecho del mar", el "derecho europeo" e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el "derecho de las inversiones" o el "derecho internacional de los refugiados", etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones. El problema, a juicio de los juristas, es que esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho*

*internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho.*"<sup>2</sup>

En este sentido es que se han encontrado críticas a dicha fragmentación que enfocan el tema desde un problema "natural" devenido del desarrollo del propio derecho internacional hasta una posible consecuencia no deseada que causa una erosión del derecho internacional público, la aparición de jurisprudencia contradictoria y la pérdida de seguridad jurídica.<sup>3</sup> A ello se le agrega la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, los denominados "regímenes autónomos" o *self-contained regimes*, además de tratados restringidos a regiones geográficas, lo cual crea problemas funcionales en cuanto a una posible coherencia en derecho internacional.

Cada sub-área del derecho internacional ha surgido producto de problemas generales concretos que se han ido desarrollando y un andamiaje jurídico más acabado, muchas veces generando a su vez ámbitos institucionales propios para su aplicación. Sin embargo, la contrapartida ha sido que esta fragmentación no ha creado diálogo entre estas sub-áreas, sino más bien lo contrario. El desarrollo de los "regímenes autónomos" muchas veces ha ocurrido de manera aislada respecto de otros regímenes o, mismo, del derecho internacional general. Cada régimen ha avanzado de acuerdo a lógicas propias sin crear "puentes" que comuniquen su desarrollo con otras áreas del derecho internacional, a punto tal de estar a riesgo de que ciertos regímenes autónomos se manejen con reglas propias completamente desentendidas de otras áreas del derecho internacional, ya que cada régimen posee objetivos propios y muchas veces con direcciones diferentes, cuando no contradictorias.

La tentación es precisamente la de crear regímenes plenamente autónomos cuando es posible hallar normas que puedan apartarse del derecho internacional general, a fin de ajustarse a las nuevas necesidades de sectores sociales concretos. Pero distinto es cuando la comunidad internacional encuentra temas cuya relevancia es tan trascendente que merece un desarrollo pormenorizado o un orden de preferencia diferente de algunas normas, de aquella situación en la que sectores interesados ven ventajas individuales en partir la coherencia del derecho internacional a fin de crear sub-áreas que respondan a sus

<sup>2</sup> Ibidem, pág. 12.

<sup>3</sup> Eric Loquin & Catherine Kessedjian (editores), *La mondialisation du droit* (París: Litec, 2000); y Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). La actividad de las organizaciones tradicionales se examina en la obra de José Álvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Diferentes perspectivas de la legislación distinta de los tratados se presentan también en la obra de Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (editores), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlín: Springer, 2005), págs. 417 a 586 y Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, "Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation", en R. R. Hall & T. J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) págs. 115 a 140. "Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle", *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), págs. 679 a 993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffmann, con la colaboración de Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa Vinaixa (editores), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruselas: Bruylant, 2006, de próxima publicación). Un enérgico alegato a favor de la unidad figura en: Pierre Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours.*, vol. 297 (2002). Para más referencias, véase Martti Koskenniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?" *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), págs. 553 a 579.

necesidades de manera más eficiente muchas veces, o más cómoda en otras. Esta frecuencia para apartarse de las normas generales del derecho internacional es un riesgo ya no posible sino bien palpable en nuestros días.<sup>4</sup>

Entendemos que es preciso allanar dichas contradicciones evidenciando casos problemáticos que plasmen esta bifurcación entre especialidades y abonen en pos de conservar una coherencia del derecho internacional dentro de la disciplina jurídica. De lo contrario se estaría avalando un principio de incompatibilidad favoreciendo uno u otro régimen según la perspectiva que tome quien esté analizando tal situación: no es posible entender que una obligación internacional puede cumplirse si dejamos de incumplir otra obligación internacional emanada de otra norma jurídica que se encuentra a la par de la primera. El derecho internacional debe estar listo para identificar esos casos de incompatibilidad, de modo que puedan crearse esos diálogos entre regímenes fragmentados. De lo contrario, la erosión del derecho internacional general será una cuestión de poco tiempo.

### Un orden de prioridades

A la vez que ocurre el fenómeno de la fragmentación, el derecho internacional debe identificar normas de un orden de preferencia mayor de modo de poder establecer prioridades al momento de comparar normas.<sup>5</sup> Aun cuando ambas normas en conflicto no posean una jerarquía determinada, el conflicto deberá resolverse en cada caso puesto que según el criterio establecido por la CDI en su informe no siempre es posible aplicar el principio general de "ley posterior deroga ley anterior", debido a que la clasificación de las normas en cada uno de estos regímenes dificulta poder establecer si nos encontramos o no frente a normas "de la misma materia" que puedan ser comparables.<sup>6</sup>

¿Pero qué ocurre cuando a esta fragmentación se le suma el hecho de que los regímenes poseen obligaciones de diferente prioridad entre los distintos grupos normativos? ¿Puede la especialidad de una norma contraponerse a obligaciones que resultan prioritarias para el orden internacional? ¿Qué tan absoluta puede ser la autonomía de los regímenes? ¿Es aplicable el principio de la *lex superior* aún entre distintos regímenes autónomos? Estas son preguntas que deseamos dejar planteadas para el caso que nos planteamos en este trabajo.

Para el Prof. Pedro Nikken, el derecho internacional posee su técnica para resolver conflictos entre normas de tres maneras: 1) Por su jerarquía, donde la regla del *jus cogens* prevalece sobre el resto de las normas; 2) por su especificidad, la *lex specialis* prevalece sobre las reglas en general; y 3) por su temporalidad, donde la *lex posteriori* prevalece sobre la ley anterior en el mismo tema.<sup>7</sup>

El informe de la CDI presenta tres tipos de conflictos entre normas, a saber: a) Los conflictos entre la ley general y una interpretación particular y poco ortodoxa de la normativa general; b) Los

<sup>4</sup> CDI, Op. Cit., 2006: 15.

<sup>5</sup> Ibidem, pág. 190.

<sup>6</sup> Ibidem, págs. 18-21.



conflictos entre la ley general y una norma particular que pretende ser una excepción a la ley general, y c) Los conflictos entre dos tipos de normas especiales. El tercero de estos ejemplos es a lo que nos referíamos cuando mencionábamos la dificultad existente en entrecruzar normas de dos regímenes autónomos cuando ambos son ejemplos de *lex specialis* y que no son fácilmente identificables frente a casos concretos. Por ejemplo: uno de los argumentos planteados por la Argentina ante el Tribunal del CIADI que atendió el caso de Aguas Argentinas (ARB/03/19) y de Aguas Provinciales de Santa Fe (ARB/03/17), fue que el actuar del Estado argentino contra las concesiones de las empresas privadas se debía a que resultaba una prioridad para el Estado asegurar el servicio de agua potable y saneamiento en una forma continua y en calidades y cantidades acordes con los estándares de dignidad a los que la Argentina se había obligado internacionalmente en distintos tratados de derechos humanos y que para la República Argentina son normas de valor jurídico similar a la de la propia Constitución Nacional desde 1994, año de la reforma de dicha Carta Magna. El Tribunal del CIADI constituido para ambos casos no consideró la cuestión de los derechos humanos mas que para permitir la presentación de organismos no gubernamentales bajo la figura de *amicus curiae*. A pesar de ello, en los laudos de fondo, la conexión realizada por el Tribunal entre los casos planteados y su implicancia respecto de cuestiones relativas a los derechos humanos posiblemente afectados tuvo poco alcance. Éste era un claro ejemplo de cómo podían colisionar dos regímenes autónomos entre sí: el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. Pero el análisis sobre este especial punto no tuvo mayores avances en el desarrollo de los laudos emitidos por el Tribunal que atendió ambos casos, y decidió abocarse a la protección de la propiedad de las inversiones ajustándose a la *rationae materiae* de un régimen específico de los mencionados: el derecho de las inversiones, dejando de lado toda otra norma. Por ende, es posible decir que el Tribunal haya optado por abrazar el régimen de inversiones en abandono de todo otro tipo de normativa internacional, incluso las obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos.

La propia CDI advirtió que “*el principio lex posterior derogat legi priori (la ley posterior deroga la ley anterior) y puede ser compensado por jerarquías normativas u opiniones informales sobre la "pertinencia" o la "importancia"*,”<sup>8</sup> incluso haciendo referencia al Art. 55 del Proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos<sup>9</sup>, en donde la norma general se aplica supletoriamente a las normas especiales que pudiera regular una situación o tema determinado. Pero también reconoce que “*por supuesto, esa facultad no puede ser ilimitada: las normas derogatorias deben tener como mínimo el mismo rango que las derogadas.*”<sup>10</sup> Y este es un punto central, ya que las obligaciones que surgen de normas del derecho internacional de los derechos humanos no son jerárquicamente iguales a las obligaciones que surgen del derecho internacional de las inversiones. Obligan colectivamente a la comunidad jurídica internacional y por ello son de carácter *erga omnes*. En palabras de Hans Kelsen:

<sup>7</sup> Nikken, Pedro, 2009: 267.

<sup>8</sup> Ibidem, pág. 38.

<sup>9</sup> Dicho artículo dice: “*Artículo 55 – Lex specialis: Los presentes artículos no se aplicarán al caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.*”

*“El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados, (...). Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las [normas] más importantes se expresa con la fórmula pacta sunt servanda, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, (...). El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.”<sup>11</sup>*

Aunque no surge claramente un reconocimiento por parte del trabajo de la CDI de esta relación de jerarquía entre las obligaciones *erga omnes* y el resto de las normas del derecho internacional público, el razonamiento del filósofo austríaco apunta a establecer un orden entre las obligaciones colectivas por sobre las establecidas particularmente entre los sujetos del derecho internacional.

Ello no obsta que un incumplimiento por parte del Estado sea excusable frente al riesgo de incumplir con otra obligación: si el Estado decide asumir voluntariamente dos obligaciones, debe cumplir con ambas. Pero existen advertencias en cuanto a una sobre-diversificación del derecho internacional por cuanto pueden generar una disparidad de normas que provoquen regímenes jurídicos independientes, aislados unos con otros y que, con ello, se provoquen desarrollos normativos en direcciones distintas e incluso contrapuestas. Sobre ello, resulta interesante el planteo realizado por la CDI en cuanto a que parece difícil imaginar cómo pueden los Estados apartarse de la responsabilidad que les cabe el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes* para cumplir con las exigencias de determinado *self-contained regime*.

El principio general es que la ley especial derogue, complete o remplace a la ley general. Sin embargo, este principio no opera en todos los casos. Una de las excepciones es cuando, precisamente, nos hallamos frente a normas de una jerarquía superior a la ley especial: *“La mayor parte del derecho internacional general y puede derogarse mediante lex specialis. Sin embargo, a veces la ley general prohíbe expresamente cualquier desviación o esa prohibición deriva de la naturaleza de la ley general.”* Uno de estos casos excepcionales es frente a *“la posibilidad de que la prohibición de derogar se deduzca de cualquier otro modo de los términos de la norma general (por*

<sup>10</sup> CDI, Op. Cit., 2006: 41.

<sup>11</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2008: 159.



*ejemplo, su naturaleza "integral" o "interdependiente", su carácter erga omnes, o la existencia de una práctica posterior que haya creado una expectativa de no derogación)."*<sup>12</sup>

La CDI define como régimen autónomo en tres acepciones. Un primer sentido –estricto- identifica al concepto para señalar un conjunto especial de normas secundarias en virtud del derecho de la responsabilidad del Estado que tiene primacía sobre las normas generales relativas a las consecuencias de una violación. Un segundo sentido –más amplio- utiliza este término para referirse a conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama "sistemas" o "subsistemas" de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general,<sup>13</sup> y un tercer sentido entendiendo a un régimen autónomo como aquel que tiene predominantemente efectos mediante el ofrecimiento de directrices de interpretación y orientaciones que, de alguna manera, se apartan de las normas del derecho general.<sup>14</sup>

Sin embargo, ningún régimen jurídico es totalmente autónomo en sentido de encontrarse totalmente aislado del derecho internacional general. La CDI ha entendido que resulte poco probable que tal aislamiento sea incluso posible y que, habiendo reconocido la existencia de "régimenes autónomos", "subsistemas", etc., nunca se asumió que éstos estuvieran herméticamente aislados del derecho internacional general.<sup>15</sup> Por lo tanto, creemos que es correcto decir que los *self-contained regimes* deben adecuarse al menos a una esfera más amplia que es el derecho internacional público genérico.

Siguiendo esta misma línea, reviste de importancia destacar la cuestión de la jerarquía de normas, que ya esbozamos. A diferencia del derecho interno, el derecho internacional público no se encuentra estructurado, en principio, por jerarquías normativas ya que las mismas son producto de una comunidad internacional con una conciencia del carácter de "horizontal" de su sistema jurídico.<sup>16</sup> Tampoco existe orden de prelación entre las fuentes principales de esta rama jurídica, enunciada en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por ende, tratados, costumbre internacional y principio generales de derecho interno ampliamente reconocidos por las "naciones civilizadas", se hallan en pie de igualdad unas con otras y no hay una graduación valorativa entre ellas ni una preferencia entre las normas jurídicas internacionales.

Sin embargo, ello no significa que no exista, de plano, ninguna forma de valoración y jerarquía de normas u obligaciones internacionales. Tal valoración se halla contemplada en el Art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas cuando dice:

*"Art. 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta."*

<sup>12</sup> Ibidem, pág. 65-66.

<sup>13</sup> Ibidem, pág. 75-76.

<sup>14</sup> Ibidem, pág. 78.

<sup>15</sup> Ibidem, pág. 114.

<sup>16</sup> Ibidem, pág. 190.

Tal es el caso de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* del derecho internacional.

Según la CDI, el Art. 103 no dice que ante un conflicto de normas sea la Carta la que prevalece, sino *las obligaciones impuestas* por la Carta, lo cual no hace a la invalidez de la norma enfrentada con las obligaciones surgidas de la Carta de San Francisco sino a una razón de establecer prioridades. En este sentido, ambas obligaciones permanecen, pero una de ellas posee una prioridad mayor dada por su jerarquía normativa.

Precisamente, la idea sobre ciertas normas de rango jurídico superior respecto de otras surge a partir de los ordenamientos jurídicos internos por parte de los Estados. Todos ellos poseen, de una forma u otra, normas sobre las que recae una importancia mayor en comparación con el universo de normas jurídicas del ordenamiento interno que estemos analizando. Sea por principio general de derecho, sea por un rango constitucional, sea por un valor religioso, estas normas se entienden como *fundamentales* del ordenamiento interno y, por ende, no cuestionables por leyes de carácter común.

Hay, entonces, una categoría normativa sobre la cual no se puede aplicar ningún tipo de derogación debido a su carácter de fundamental, y en el derecho internacional estas normas son conocidas como el *jus cogens* internacional al que hace referencia el Art. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969, como una *norma imperativa del derecho internacional general*.

Más allá del marco teórico que se sostenga (sea esta positivista, iusnaturalista, voluntarista, etc.), la evolución de la noción de *jus cogens* en derecho internacional también ha estado influenciada por los derechos internos que prevén la nulidad de acuerdos que contraríen el orden público o los objetivos de las políticas públicas.

La diferencia entre las normas de *jus cogens* respecto de las obligaciones referidas en el Art. 103 de la Carta radica precisamente en la validez de las normas que contrarían estos órdenes: mientras que las obligaciones que contraríen la Carta se mantienen pero en un orden de prioridad menor, aquellas que van en contra de las normas imperativas del derecho internacional son directamente nulas de nulidad absoluta y por ende no válidas ni admisibles dentro del derecho internacional público.

Otra distinción diferente a las obligaciones de la Carta del Art. 103 y a las normas *jus cogens*, son las obligaciones *erga omnes*. Si bien estas obligaciones no constituyen claramente una "jerarquía superior" –al estilo del *jus cogens* por ejemplo–, estas obligaciones resultan designar ámbitos de aplicación del derecho en tanto obliga a la comunidad internacional en su conjunto, es decir a todos los Estados más allá de su adhesión formal y expresa a la obligación en términos positivos mediante la ratificación de un tratado, por ejemplo, así como también pueden ser invocadas por cualquier Estado en cuanto a la responsabilidad que pueda caberle al Estado infractor de este tipo de obligaciones. Y si bien el valor de este tipo de obligaciones todavía resulta ser un debate inconcluso por parte de la doctrina internacional, la idea de la aplicación de ciertas obligaciones que resultan ser oponibles *a todas* es una práctica arraigada dentro del derecho internacional,<sup>17</sup> por cuanto no puede negarse su existencia.

## Las obligaciones *erga omnes* y su vinculación con la protección de las inversiones

Fue el caso “Barcelona Traction”, el que por primera vez en el derecho internacional adoptó la denominación de *erga omnes* a ciertas obligaciones de los Estados que van más de obligaciones recíprocas entre Estados, sino que constituyen en obligaciones que se asumen frente a toda la comunidad de Estados y que por su carácter fundamental y la importancia de los derechos involucrados incumben a todos los Estados el velar por los intereses jurídicos protegidos por tales obligaciones.<sup>18</sup> Se trata de obligaciones relativas a normas secundarias, no a normas primarias.

Pero es un criterio ampliamente aceptado la capacidad de invocación que este tipo de normas posee dentro del derecho internacional general, a diferencia de otro tipo de obligaciones cuya capacidad de reclamo solo pueden ser invocadas por el/los Estado/s damnificado/s. Este criterio fue incluso receptado en la Res. 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Art. 48.

### “Artículo 48

#### *Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado*

*1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:*

- a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o*
- b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.”*

La mayoría de las obligaciones *erga omnes* provienen del campo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, ámbitos en donde –precisamente– los Estados no generan obligaciones en forma bilateral sino que se encuentran dirigidas a toda la comunidad de Estados en general y a todos los ciudadanos de la comunidad internacional. En este tipo de obligaciones el Estado asume una responsabilidad de respetar los derechos humanos independientemente de cómo se estén comportando otros Estados.

Allí es donde radica la importancia de las obligaciones *erga omnes*: poseen una exigibilidad de carácter general –es decir a toda la generalidad de Estados–, basándose en la presunción de que el acto que pudiera violarlas atentan contra ciertos valores o intereses “de todos” o, en la terminología del asunto “Barcelona Traction”, de la “comunidad internacional en su conjunto”, es decir aquellas obligaciones en cuyo cumplimiento cada Estado tiene un interés jurídico<sup>19</sup> y que, por lo tanto, resultan exigibles en todo momento sin que puedan existir momentos en donde estas obligaciones puedan suspenderse o quedar

<sup>17</sup> Ibidem, págs. 221-222.

<sup>18</sup> Ibidem, pág. 225.

<sup>19</sup> Ibidem, págs. 228, 234-235.

eximidas, pues el Estado se obliga a cumplirlas en todo momento, sin que se admitan normas de suspensión de estos derechos.<sup>20</sup>

Ello no significa que las obligaciones *erga omnes* (multilaterales, no recíprocas, basadas en valores comunes y por ende exigibles sin excepciones) sean a su vez normas *jus cogens* (imperativas e inderogables). Mientras estas últimas se centran en su carácter de inderogabilidad y oponibilidad frente a cualquier otra norma, las primeras se centran en no en su validez sino en el interés jurídico protegido que además concierne a toda la comunidad internacional. Y es en este sentido que pocas dudas pueden haber respecto a que las obligaciones *erga omnes* puedan ser equiparadas al resto de las obligaciones que sí son contraídas en base a una reciprocidad, como pueden ser el compromiso mutuo por vía convencional de la protección de las inversiones extranjeras en un Estado, puesto que protegen un bien jurídico esencial del derecho internacional público como es el respeto a los derechos humanos.<sup>21</sup>

Está claro que esta protección no necesariamente afecta a las obligaciones *erga omnes*, por lo que vale hacer una distinción. Pero sí hay ciertas áreas que, por el tipo de obligaciones que acarrearán o de sectores que involucran, se vinculan directamente o que –en palabras de los laudos del CIADI de Aguas Argentinas y Aguas Provinciales de Santa Fe sobre el *amicus curiae* presentado- “podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos.”<sup>22</sup>

La CDI concluye en su informe que “Aunque no hay una única serie fija de relaciones jerárquicas entre las normas, los principios y las obligaciones de derecho internacional, esto no significa que no existan relaciones de superioridad e inferioridad, sino que las que hay, no pueden determinarse de una manera abstracta, independientemente de los contextos en que se invoquen algunas normas (reglas, principios) frente a consideraciones contrapuestas.” y que las formas más habituales para tratar dichas jerarquías en el derecho internacional es en términos de normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*.<sup>23</sup> La fragmentación es, para la CDI, un aspecto de la mundialización, con la que se generan redes de cooperación especializadas técnicamente y que poseen un alcance global, pero que también son difíciles de regular por medio del derecho internacional tradicional,<sup>24</sup> motivo por el cual se necesita de ámbitos jurídicos especializados aun cuando ello fragmente al derecho internacional.

Más allá de estas cuestiones, la CDI concluyó dos grandes puntos con su estudio:

a) Que la aparición de los regímenes autónomos no ha socavado gravemente la seguridad jurídica, la previsibilidad o la igualdad de los sujetos del derecho internacional. Precisamente, las técnicas de *lex specialis* y los acuerdos *inter se*, así como la posición superior conferida a las normas imperativas y a la noción de obligaciones *erga omnes*, ofrecen un repertorio

<sup>20</sup> Entrevista a Mónica Pinto, 27/06/2011.

<sup>21</sup> La CDI incluso ha comparado al bloque de normas *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes* del derecho internacional con las normas de orden público de los derechos internos de los Estados, aplicando en forma análoga las categorías de las primeras con estas últimas (CDI, Op. Cit., 2006: 230).

<sup>22</sup> CIADI, Op. Cit., 2005: 9-10, párr. 19. CIADI, Op. Cit., 2006: 8-9, párr. 18.

<sup>23</sup> CDI, Op. Cit., 2006: 236.

<sup>24</sup> *Ibidem*, págs. 228, 281.

técnico básico que permite responder de manera flexible a los problemas más sustantivos de la fragmentación.

b) Que no se dispone en realidad de un *metasistema* homogéneo jerárquico que pueda eliminar estos problemas. El derecho internacional deberá operar en un ámbito en que la exigencia por una coherencia y un pluralismo razonable apunten en direcciones distintas y habrá que prestar cada vez más atención a la colisión de normas y regímenes para tratar dichas colisiones.<sup>25</sup>

De esta forma, resaltamos el criterio de la CDI que sostuvo la importancia que revisten las obligaciones *erga omnes* como *método* para resolver posibles conflictos entre normas o regímenes de normas. Si bien no es posible tomar al derecho internacional como un sistema único y homogéneo (un *metasistema*), sí debe buscarse permanentemente una pluralidad de regulaciones que no afecten por ello ni la especialidad de cada régimen como tampoco la dispersión de normas ni la conservación de una coherencia dentro del derecho internacional. Así, es preciso mantener una fuerte atención sobre los casos de colisión de normas como ejemplos en donde pueda resaltar la tensión interne existente entre los distintos regímenes del derecho internacional, para poder resolver estas cuestiones y reducir los riesgos que conllevan la fragmentación revisando las interpretaciones de los tratados desde una perspectiva constitucional en conformidad con los principios de justicia y las obligaciones de derechos humanos asumidas por los Estados.<sup>26</sup>

Cada una de estas sub-ramas tiende a desarrollar sus propias normas y sistemas de normas. En ciertas oportunidades no es necesario un entrecruzamiento entre ellas ya que pueden regular aspectos muy distintos del derecho internacional, pero en otras ocasiones tal entrecruzamiento sí se requiere, de modo de poder lograr una coordinación entre sub-sistemas normativos y no provocar que lo que hasta hoy es una fragmentación del derecho internacional acabe siendo una ruptura completa de áreas de especialización que terminen siendo incongruentes entre sí y hasta opuestas.

Tal coordinación entre sistemas de normas no es sencilla, pero es posible mediante la adopción de formas de conducta o soluciones uniformes por parte de los principales actores intervinientes, o incluso mediante la armonización de las normas y reglamentos que pudieran ser contradictorios. Y para trabajar sobre dicha armonización el entrecruzamiento normativo es no solo posible, son que es deseable y además necesario.<sup>27</sup> De ese modo el sistema logra coherencia y evita la dispersión.

Para ello, es preciso entender a la jerarquía de normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* como método para la resolución de conflictos entre normas, sin ánimo de unificar a todos los regímenes dentro del derecho internacional en un cuerpo unificado, conservando la especialidad de cada uno de ellos, pero preservando la coherencia del sistema de modo de poder responder con flexibilidad a los

<sup>25</sup> Arredondo, Ricardo, Op. Cit., 2012: 19.

<sup>26</sup> Petersmann, Op. Cit., 2009: 4.

<sup>27</sup> Reiner y Schreuer, Op. Cit., 2009: 82.

problemas más importantes de la fragmentación, como puede ser la posible colisión entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos para el caso del agua potable y saneamiento.

### **[El derecho humano al agua como problema jurídico a resolver]**

El argumento general para justificar la existencia del derecho internacional de las inversiones – nucleado básicamente en el conjunto de TBI así como en los laudos del CIADI- es que el mismo permite lograr una previsibilidad propicia para fomentar un clima de inversiones para el sector privado. Ello necesariamente dependería, según esta formulación, de la celebración de tratados que protejan dichas inversiones extranjeras así como un sistema de solución de controversias que sea favorable a dicha protección, fortaleciendo de este modo el *rule of law* y dotando de seguridad jurídica y previsibilidad para la realización de negocios a nivel internacional.

Sin embargo, este argumento general no se da, al menos en casos en donde se esté actuando sobre sectores económicos que tengan vinculación con el derecho internacional de los derechos humanos, como es el caso de servicios públicos básicos como el de agua potable y el saneamiento. Un razonamiento en la lógica inicialmente argumentada indica que, para obtener previsibilidad jurídica en materia de inversiones en el sector de distribución de agua y saneamiento, es que resulta necesario celebrar TBIs que protejan las inversiones privadas y habiliten una prórroga de la jurisdicción nacional en favor del CIADI como mecanismo de solución de diferencias. Ello ocasiona un caso más de fragmentación del derecho internacional en forma separada de otras áreas como lo es el derecho internacional de los derechos humanos, obteniéndose además regímenes paralelos que dictan normas que afectan al sector del agua potable y saneamiento sin que las mismas logren un entrecruzamiento. En consecuencia, los Estados evitan ejercer una regulación en dichas áreas para no ser demandados por las empresas privadas prestatarias del servicio por sentirse afectadas en sus intereses como inversionistas con la nueva regulación. Este efecto, definido por Juan Pablo Bohoslavsky (CEPAL) como “enfriamiento regulatorio”<sup>28</sup>, impide la realización de mayores y mejores regulaciones de los servicios públicos por parte del Estado restringiendo así el ejercicio de su poder de policía respecto de la elaboración de políticas públicas. En el caso del agua potable y saneamiento como servicio básico indispensable, este enfriamiento regulatorio puede afectar la realización de derechos humanos tal cual han sido reconocidos en la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU (2010), la Resolución 15/9 (2010) y 16/2 (2011) del Consejo de Derechos Humanos de la ONU –todas ellas que remiten al agua potable y saneamiento como derecho humano-, las Observaciones Nro. 14 (2000) y 15 (2002) del Comité de Derechos

<sup>28</sup> Bohoslavsky, Juan Pablo (2010a): “¿Qué es lo que pueden hacer los países cuando actúan bajo la mirada de los TBIs?”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010). Bohoslavsky, Juan Pablo (2010b): “Presentación”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010). Bohoslavsky,



Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), como también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), vigente desde 1966, en sus Arts. 1, 2, 4, 5, 11, 12, 24 y 25.<sup>29</sup>

Ese enfriamiento regulatorio en algunos casos puede beneficiar en el corto plazo a las inversiones realizadas en el sector, pero erosionan los derechos humanos reconocidos –tanto *soft law* como *hard law*– y, por ende, causar perjuicios a la sociedad. A ello se suma que el desarrollo del derecho de las inversiones y de los derechos humanos en forma paralela cause una inflación de normas jurídicas que afectan los mismos bienes jurídicos aunque desde perspectivas totalmente diferentes y con miradas muchas veces contrapuestas.

A su vez, el hecho de que los Estados se inhiban de regular servicios públicos como el de agua potable por temor a ser demandados internacionalmente hace que el régimen de protección de inversiones tenga consecuencias mucho más coactivas que el régimen de protección de los derechos humanos en cuanto a las obligaciones de hacer (ej: realizar acciones tendientes a elevar el nivel de vida de la población como aspecto en general, y extender la red de distribución de agua potable y desagües cloacales, en lo particular). Ello refleja una asimetría normativa en favor del primero respecto del último de estos regímenes.

Así, con la erosión de los derechos humanos, la fragmentación del derecho internacional, la inflación normativa y la asimetría jurídica no se logra una aplicación más eficaz del derecho como *sistema* normativo sino todo lo contrario: una proliferación de normas que no respetan un orden jerárquico y produce desbalances entre bienes jurídicos protegidos que se ven afectados en un mismo caso pero que son tratados en ámbitos jurídicos distintos debido a la mencionada fragmentación. Con este desbalance resalta la eficacia de ciertos regímenes sobre otros, fortaleciendo sub-ramas jurídicas que ocupan un orden

---

Juan Pablo (2010c): *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)* (CEPAL, 2010 Santiago de Chile.).

<sup>29</sup> El Art. 11 del PIDESC, en su parte pertinente, establece: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a **un nivel de vida adecuado** para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a **una mejora conjunta de las condiciones de existencia**. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, (...)”. Por su parte, el Art. 12 dice: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona **al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**. (...)” Las Observaciones Generales Nro. 14 y 15 del CDESC han tratado la cuestión relativa del derecho al agua potable y su relación con el derecho a la salud (Art. 12) y el derecho a un nivel de vida adecuado (Art. 11). Por su parte, el Art. 1 del PIDESC establece que: “2. (...) En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios **medios de subsistencia** (...)”. El Art. 2 del mismo tratado comprometa a los Estados Partes a “(...) adoptar medidas, (...) para **lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos**. (...)”. El Art. 4 dice que: “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, **sólo en la medida compatible con la naturaleza de estos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática**.” El Art. 5 determina que: “1. Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado (...) para (...) **realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos liberales reconocidos en el pacto o a su limitación** en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” Por último, el Art. 24 establece: “Ninguna disposición del presente pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (...)”, lo cual hace juego con el Art. 103 de la Carta de la ONU, mientras que el Art. 25 del PIDESC dice que: “Ninguna disposición del presente pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y **recursos naturales**.” Los resaltados son siempre nuestros.

de prioridades evidentemente menor que las áreas jurídicas afectadas por tal asimetría. Con ello se produce un debilitamiento del imperio del derecho (*rule of law*) dado que se compromete el orden de prioridades de las normas jurídicas establecidas en el derecho internacional, con lo que se evidencia una distancia no menor entre el objetivo pretendido y el resultado obtenido.

De proseguir con el actual modo de regulación, nos encontraremos, por un lado, con un tipo de derecho instituido en acuerdos internacionales especializados en materia del agua, congruentes con los derechos humanos, y que consagran al agua como un bien social, pero que no obstante ello su aplicación no es directamente vinculante (caso de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU) y que bien dependen de la voluntad de los Estados en su ratificación, o se trata también de instrumentos internacionales que pasan a tener un nivel de cumplimiento medianamente laxo (*soft law*). Del lado opuesto, nos encontraremos con un conjunto de normas internacionales que conforman un bloque jurídico mercantil, una *lex mercatoria*, con organismos especializados en materia de comercio e inversiones, que promueven la apertura de mercados, liberalización de inversiones, con sus propios mecanismos de solución de disputas y sus tribunales arbitrales que garantizan la seguridad jurídica para los actores interesados, pero con una profunda raíz antidemocrática en su proceso de toma de decisiones, y que sin embargo no por ello cuestiona el alto nivel de acatamiento por parte de los Estados involucrados, sobre todo por parte de los países en desarrollo.<sup>30</sup>

Esta fuerte disparidad enseña lo que podemos llamar una asimetría normativa a favor de la *lex mercatoria*, que muestra también la fuerte evolución de un derecho comercial global frente a un posible –y peligroso– estancamiento del derecho internacional público y de los derechos humanos.<sup>31</sup>

Tal como sostiene el Prof. Ernst-Ulrich Petersmann:

*“La dinámica todavía fragmentada del derecho de las inversiones, los derechos humanos, el derecho económico internacional puede llevar a una interpretación más coherente en áreas cada vez más importantes del derecho internacional en la medida en que los jueces y cortes cooperen y en respeto de los derechos humanos y la igualdad soberana de los Estados que deben proteger la legítima diversidad entre ciudadanos y políticas democráticas.”<sup>32</sup>*

Para Petersmann puede haber una tendencia a disminuir la fragmentación gracias a los laudos y sentencias de cortes siempre que usen principios comunes de procedimiento pero que también promuevan una coherencia mutua, una interpretación de estándares de protección legal acordados

<sup>30</sup> Hernández Zubizarreta, Juan, “¿Lex mercatoria o derechos humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales”, en *El negocio de la responsabilidad. Crítica a la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, 2009a: 14-15.

<sup>31</sup> Hernández Zubizarreta, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, 2009b: 665, 667.

<sup>32</sup> Petersmann, Ernst-Ulrich, “Introduction and Summary: ‘Administration of Justice’ in International Investment Law and Adjudication?”, en Dupuy, PM.; Fracioni F. & Petersmann, EU.: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009: 12.

internacionalmente sobre regulación, expropiación y sobre los mecanismos de solución de disputas. Él entiende que cada vez más tribunales arbitrales demandan que las reglas en inversiones deberían constituirse en conformidad con las obligaciones de cada Estado dentro de organismos como la OMC. Ello quizás implique la búsqueda de una posible resignificación de dicho organismo que ayude a sacar del cono de sombras en el que se encuentran sus negociaciones –la Ronda de Doha-, iniciadas hace doce años y convertidas en la ronda de negociaciones más larga de la que se tenga memoria.

A pesar de la falta de una estructura centralizada, las cortes internacionales tienen la posibilidad y los métodos para poder hacer una interpretación sistémica y aplicar principios generales de derecho conforme al Art. 38 del Estatuto de la CIJ, como también hacer interpretaciones constitucionales.<sup>33</sup>

Pero también existen dificultades que sortear todavía, algunas de las cuales son producto de cómo fue armado el régimen de protección de inversiones: con un CIADI con tribunales *ad hoc* que no obstante citan jurisprudencia entre sí y laudan análogamente.

## Conclusión

Hans Kelsen definía ya en la década de 1940 que dentro del derecho internacional la mayoría de las obligaciones se establecen por medio del consentimiento de cada Estado en adherir o no a dicha obligación. Es lo que conocemos como derecho internacional particular en oposición al derecho internacional general o común.<sup>34</sup> Exceptuando que nos encontremos frente a, por ejemplo, una costumbre internacional –en donde incluso el Estado podrá haber expresado su disconformidad en forma repetida y sistemática (figura del objetor persistente) buscando que dicha costumbre internacional en formación no le resulte oponible-, las obligaciones internacionales surgen en base a una relación de reciprocidad en la cual dos o más Estados deciden obligarse mutuamente. De este modo, la mayor parte de las obligaciones internacionales surgen a partir de un principio de descentralización estático<sup>35</sup> por el cual son relativamente pocas las obligaciones dentro del derecho internacional creado por la propia comunidad y no a partir del compromiso de los Estados en forma individual.

El problema es si cabe la posibilidad de encontrar normas formadas a partir de la voluntad de la comunidad internacional –y no de la voluntad particular de los Estados- que puedan ser “elegibles”. En este sentido, tanto el *jus cogens* como las obligaciones *erga omnes* no pueden ser normas que resultan “optativas” para los Estados miembros de la comunidad internacional, pues es, en términos kelsenianos, esta comunidad jurídica la interesada y responsable colectivamente de velar por la plena vigencia de estos derechos.<sup>36</sup> Por lo tanto, al ser los tratados de protección de inversiones parte del derecho internacional público, le resultan aplicables todo el conjunto de obligaciones *erga omnes* como las normas de derechos humanos.

<sup>33</sup> Ibidem, pág. 13.

<sup>34</sup> Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 1943: 53.

<sup>35</sup> Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, 1946: 75-78, 48-54.

Tal vez, estamos arribando a un punto en el que es preciso definir entre una estructura fragmentada *ad hoc* y TBIs bilaterales o si suscribimos definitivamente a este "sistema" de inversiones dentro del derecho internacional y en conformidad con el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* existentes. No se trata de "optar" por una estructura jurídica internacional fragmentada o centralizada, pues no es posible una "opción": más allá de las fuerzas por centralizar esta rama del derecho, la fragmentación y la descentralización son ya características intrínsecas del derecho internacional público. El problema que se presenta es conjugar un sub-sistema como el régimen internacional de las inversiones con obligaciones *erga omnes* como los derechos humanos. Y ello resulta un desafío en tanto y en cuanto se han desarrollado regímenes jurídicos diferentes, con distintos alcances y múltiples velocidades en su desarrollo. Ello provoca que algunas de las resoluciones emanadas de estos regímenes aparezcan como contradictorias.<sup>37</sup>

Tal cuestión plantea el dilema de decidir por comenzar a ordenar el derecho internacional desde algunos casos puntuales en donde se detecten entrecruzamientos problemáticos y evitar así que, por su gran fragmentación, algunos sub-sistemas acaben desarrollando mayores y más efectivas obligaciones que aquellos sub-sistemas que resultan prioritarios –como los derechos humanos– por el tipo de obligaciones que involucran. El objetivo es evitar desbalances entre los distintos *self-contained regimes* y la asimetría normativa que ello implica, a fin de focalizar un desarrollo progresivo equilibrado del derecho internacional, entre las normas de protección de inversiones y los derechos humanos.

Cabe al Estado el deber de garantizar una adecuada regulación para que queden dispuestas las reglas antes que las inversiones se radiquen. Pero estas advertencias se producen tardíamente, pues los procesos de apertura y privatización fueron incentivados de manera previa a estas posibles regulaciones. En consecuencia, el dilema deriva en que es el Estado siempre el que acarrea con los costos sociales de cualquiera de las dos opciones: por regular afectando las inversiones o privatizar sin regulaciones suficientes, y en tal sentido les cabe asumir la responsabilidad política de haber avanzado con la celebración de contratos de concesiones sin contar con las regulaciones adecuadas para ello. Pero también cabe la responsabilidad correspondiente a las organizaciones internacionales involucradas activamente en la promoción de ciertos proyectos privatizadores.

Es por ello que, si el dilema es entre "derecho al agua" versus "derecho del inversor", el CIADI no ha de ser un foro adecuado para dirimirlo, dado que como mecanismo de solución de controversias no ofrece un tratamiento equilibrado para resolver controversias que involucren derechos humanos fundamentales como el acceso al agua potable y saneamiento, a menos que sea posible aplicar una capacidad procesal pasiva hacia personas jurídicas a nivel internacional frente a las cortes regionales de derechos humanos –algo improbable en el corto plazo–.

Con ello se hace clara la necesidad de reconocer plenamente el derecho internacional de las inversiones como parte del derecho internacional público y encuadrarlo dentro de los parámetros de las normas *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* como son los derechos humanos.

<sup>36</sup> Kelsen, Op. Cit., 1943: 125-126.

<sup>37</sup> Thielbörger, Op. Cit., 2009: 491.

En definitiva, la asimetría jurídica y la fragmentación del derecho afectan el *rule of law* y con ello se afecta a su vez la previsibilidad del sistema jurídico y la seguridad jurídica. De este modo, un sistema imprevisible amenaza tanto los derechos humanos como a los derechos de propiedad por igual, quizás no en el corto plazo pero sí más adelante ya que ello afectará socialmente a los habitantes en términos de tarifas más altas, derechos humanos erosionados, aumentos de impuestos, demandas internacionales contra los Estados, y mayores reclamos sociales.

Por ende, es posible un aumento de los reclamos por parte de la sociedad civil contra el Estado como blanco de demandas para solucionar el déficit que se encuentra en la eficacia del derecho ambiental o en el suministro de servicios públicos esenciales, y ello incumbe a los distintos poderes del Estado – Ejecutivo, Legislativo y Judicial.<sup>38</sup> Pero también se torna previsible un incremento de reclamos hacia organismos como el CIADI y el régimen internacional de inversiones en tanto afecten los derechos sociales, generen una asimetría normativa y atenten contra la previsibilidad y la seguridad jurídica en el largo plazo, volviendo aquellas promesas del sistema en su propia contra como deudas incumplidas.

Sería interesante entonces no postergar la resolución de este tipo de divergencias entre normas, sino comenzar por una búsqueda hacia la sistematización, una coherencia, coordinación y cooperación entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos, a fin de llegar a una instancia superadora que plasme reglas de juego claras, estables y duraderas en respeto del *rule of law*.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACIJ y FIVAS (2008): *Un juego desigual. La defensa de los derechos humanos en los tribunales arbitrales del Banco Mundial*. Disponible en: <http://www.fivas.org/fivas/vedlegg/ESPA%D1OL-online-version.pdf> (consultado en septiembre 2012).
- ÁLVAREZ, José (2005): *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2005).
- BANCO MUNDIAL (1993): *Water Resources Management* (BIRD / BM, Washington, 1993).
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (2010a): “¿Qué es lo que pueden hacer los países cuando actúan bajo la mirada de los TBIs?”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (2010b): “Presentación”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (2010c): *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)* (CEPAL, 2010 Santiago de Chile.).

<sup>38</sup> Razzaque, Jona, “Public participation in water governance”, en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, 2009: 355.



- CAPALDO, Griselda (2011): "Gobernabilidad ambiental y eficacia del derecho: dos magnitudes del desarrollo sustentable", en Capaldo, Griselda (ed.): *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua – Governance and Sustainable Management of Water* (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011).
- Caso "Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A.c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/03/19), CIADI, 2005, 2006, 2007.
- Caso "Aguas del Tunari S.A. c/ Bolivia" (caso CIADI Nro. ARB/02/3), CIADI, 2000 y 2005.
- Caso "Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/03/17), CIADI, 2006, 2007.
- Caso "Azurix Corp. c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/01/12), CIADI, 2003, 2006, 2007, 2009.
- Caso "Barcelona Traction" Light & Power Company Ltd., CII, 1964 y 1970.
- Caso "Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania", CIADI, 2006, 2008.
- Caso "Compañía Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/97/3), CIADI, 2000 y 2002.
- CIADI (2013): Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2013-1) (CIADI, Washington, 2013).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006): Informe "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional", 2006. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement> (consultado en agosto 2012).
- CONVENIO DE WASHINGTON (1965). CIADI, Washington, 2006. Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR\\_Spanish-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf) (consultado en mayo 2010).
- CORTI, Aristides H (2005): "Acerca de la inmunidad del Estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales extranjeros (CIADI y otros)", en *Revista Realidad Económica* Nro. 211 (IADE, Buenos Aires, 2005).
- DELLAPENNA, Joseph (2009): "The market alternative", en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta: *The evolution of the law and politics of water* (Springer, Villanova & Amsterdam, 2009).
- DELLAPENNA, Joseph y GUPTA, Joyeeta (2009): "The evolution of global water law", en DELLAPENNA, Joseph y GUPTA, Joyeeta: *The evolution of the law and politics of water* (Springer, Villanova & Amsterdam, 2009).
- DUPUY, Piere-Mary; FRANCONI, Francesco y PETERSMANN, Ernst-Ulrich (2009): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University, Nueva York, 2009).
- DUPUY, Pierre Marie (2002): "L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, vol. 297 (2002).



- ECHAIDE, Javier (2012): *El derecho humano al agua y los tratados de protección recíproca de inversiones (Tesis Doctoral)*, Facultad de Derecho – UBA, Buenos Aires (mimeo).
- ECHAIDE, Javier y ARREDONDO, Ricardo (2012): “La protección de los nacionales en el extranjero”, en Arredondo, Ricardo (dir.) *Manual de Derecho internacional público* (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012).
- ECOSOC (2000): Observación General 14 al Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Disponible en: <http://wfrt.info/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm> (consultado en septiembre 2011).
- ECOSOC (2002): Observación General 15 al Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Disponible en: [http://www.escribnet.org/resources\\_more/resources\\_more\\_show.htm?doc\\_id=428718&parent\\_id=425976](http://www.escribnet.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428718&parent_id=425976) (consultado en septiembre 2011).
- ECOSOC (2005): Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos humanos sobre el derecho al agua potable y al saneamiento. Disponible en: [http://www.worldwaterforum5.org/fileadmin/wwc/Programs/Right\\_to\\_Water/Pdf\\_doct/Guidelines\\_Spanish.pdf](http://www.worldwaterforum5.org/fileadmin/wwc/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/Guidelines_Spanish.pdf) (consultado en septiembre 2011).
- García, Aniza (2008): *El derecho humano al agua* (Trotta, Madrid, 2008).
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan (2009b): *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa* (Hegoa – Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009).
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Siglo XXI, Buenos Aires, 2011).
- KELSEN, Hans (1943): *Derecho y paz en las relaciones internacionales* (FCE, México, 1943).
- KELSEN, Hans (1946): *La paz por medio del derecho* (Losada, Buenos Aires, 1946).
- KELSEN, Hans (2008): *Teoría Pura del Derecho* (Eudeba, Buenos Aires, 1943).
- KELSEN, Hans (2010): *Principios del derecho internacional* (Unijuí, Ijuí, 2010).
- KOSKENNIEMI, Martti & LEINO, Päivi (2002): “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?” *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002).
- LIPSCHUTZ, Ronnie & VOGEL, Cathleen (1999): “Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle”, *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999).
- LIPSCHUTZ, Ronnie & VOGEL, Cathleen (2002): “Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation”, en Hall, R. R. & BIERSTAKER, T. J., *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).
- LOQUIN, Eric & KESSEDJIAN, Catherine (2000): *La mondialisation du droit* (Litec, París, 2000).
- MORELLI RUBIO, Ricardo (2012): “La protección de las inversiones extranjeras”, en Arredondo, Ricardo (dir.) *Manual de Derecho internacional público* (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012).

- NIKKEN, Pedro (2009): "Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights", en Dupuy, P.M. et al., *Human rights in international investment law and arbitration* (Oxford University Press, Oxford, 2009).
- NOWAK, Manfred (2009): *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos humanos* (Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2009).
- ONU (1948): Declaración Universal de los Derechos humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (consultado en septiembre 2010).
- ONU (1962): Resolución 1803 (XVII) de Asamblea General "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales". Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/recursos.htm> (consultado en enero 2012).
- ONU (2003): Informe del Alto Comisionado de ONU para los Derechos humanos "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones" (E/CN.4/Sub.2/2003/9) (Nueva York, 2 de julio de 2003). Disponible en: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eeff5892dc1256d7b002eeae3/\\$FILE/G0314846.pdf](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eeff5892dc1256d7b002eeae3/$FILE/G0314846.pdf) (consultado en enero 2010).
- ONU (2010a): Resolución 64/292 de Asamblea General "El Derecho Humano al Agua y Saneamiento". Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement> (consultado en septiembre 2011).
- ONU (2010b): Resolución 15/9 del Consejo de Derechos humanos "Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento". Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/droi/dv/201/201101/20110124\\_301resonwater15-9\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/201/201101/20110124_301resonwater15-9_es.pdf) (consultado en septiembre 2011).
- ONU (2011a): Resolución 16/2 del Consejo de Derechos humanos "El derecho humano al agua potable y el saneamiento". Disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4dc1084e2> (consultado en septiembre 2011).
- ONU (2011b): Resolución 17/4 del Consejo de Derechos humanos "Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas". Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement> (consultado en septiembre 2012).
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich (2009): "Introduction and Summary: 'Administration of Justice' in International Investment Law and Adjudication?", en Dupuy, PM.; Fracioni F. & Petersmann, EU.: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press, Oxford, 2009).
- PINTO, Mónica (2009): "Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario", en Pinto, Mónica (comp.): *Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización* (Eudeba, Buenos Aires, 2009).

- PINTO, Mónica (2010): "Presentación", en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- PIPAN, Anita (2006): *Los derechos humanos y la OMC* (Ciudad Argentina, Buenos Aires y Madrid, 2006).
- RAZZAQUE, Jona, "Public participation in water governance", en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, *The evolution of the law and politics of water* (Springer, Villanova & Amsterdam, 2009).
- ROSATTI, Horacio (2010): "La inconsistencia del CIADI como régimen jurisdiccional internacional: reflexiones a partir del caso argentino", en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- SCHIFF BERMAN, Paul (2005): *The Globalization of International Law* (Ashgate, Aldershot, 2005).
- SOLANES, Miguel (2011): "Riesgos para el interés público: acuerdos de inversión, agua y sus servicios", en Capaldo, Griselda (ed.): *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua – Governance and Sustainable Management of Water* (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011).
- SOLANES, Miguel y GONZÁLEZ-VILLARREAL, Fernando (2006): "Los Principios de Dublín Reflejados en una Evaluación Comparativa de Ordenamientos Institucionales y Legales para una Gestión Integrada del Agua" (Global Water Partnership – TAC Background Papers N°3). Disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsarg/e/fulltext/dublin1/dublin.pdf> (consultado en febrero 2012).
- TEMPONE, Rubén Eduardo (2003): *Protección de inversiones extranjeras* (Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003).
- THIELBÖRGER, Pierre (2009): "The human right to water versus investors rights: Double-dilemma or pseudo-conflict?", en Dupuy, Pierre-Marie; Francioni, Francesco & Petersmann, Ernst-Ulrich: *Human rights in international investment law and arbitration* (Oxford University Press, Oxford, 2009).
- TURYN, Alejandro (2009): "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Internacional en la protección de inversiones extranjeras", en Pinto, Mónica (comp.): *Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización* (Eudeba, Buenos Aires, 2009).
- UNCTAD (2009): *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo* (Nueva York y Ginebra, ONU).
- WELLENS, Karel & HUESA Vinaixa, Rosario (2006): *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruylant, Bruselas, 2006).
- WOLFRUM, Rüdiger & RÖBEN, Volker (2005): *Developments of International Law in Treaty-making* (Springer, Berlín: 2005).
- ZIMMERMANN, Andreas; HOFFMANN, Reiner; GOETERS, Hanna (2006): *Unity and Diversity of International Law* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006).