

Paper

# Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua

---

Dr. Javier Echaide

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA)

## Tags

Foreign Investment (1); Treaties (1); Transnational/Multinational Corporations (TNCs/MNCs) (1); Human Rights (1)

## Resumen

Argentina es el país más demandado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) y uno de los que más Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) ha firmado (58 en total, 55 vigentes). La mayoría de esas demandas fueron presentadas por empresas transnacionales (ETN) por la crisis 2001-2002 así como se refirieron a sectores económicos relacionados con recursos naturales. El 20% de dichas demandas se vinculan con el sector de agua potable y saneamiento, lo que también convierte a la Argentina en el país que más demandas ha recibido en el CIADI por este sector. Son casos de alta conflictividad social y en donde se evidencia el rol del Estado como regulador frente al reclamo de protección de la propiedad privada por parte de las ETN, donde resalta una asimetría jurídica que favorece la protección de las inversiones sobre el resguardo de los derechos humanos, particularmente del derecho humano al agua reconocido por la ONU en 2010. Tomando el caso argentino como testigo, esta ponencia expondrá dicha asimetría que contraviene las bases más elementales del derecho internacional, evidenciando la necesidad de revisar el régimen internacional de protección de inversiones y su adecuación a los derechos humanos en tanto obligaciones *erga omnes*.

## Abstract

Argentina is the most sued country in the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and one of the most Bilateral Investment Treaties (BITs) signed (58 in total, 55 into force). Most of these lawsuits were filed by transnational corporations (TNCs) by the 2001-2002 crisis and linked to economic sectors related to natural resources. 20% of these claims are related to the drinking water and sanitation, which also makes Argentina in the country that has received claims in ICSID this sector. These are cases of social conflict and where the role of the state is evident as a regulator against the claim of protection of private property by TNCs, which highlights a legal asymmetry that favors the protection of investments on the protection of rights humans, particularly the human right to water recognized by the UN in 2010. Taking the Argentine case as a witness, this paper will present an asymmetry that violates the most basic foundations of international law, highlighting the need to revise the international investment protection regime and its relevance to the human rights obligations *erga omnes*.

## Introducción

El presente trabajo es parte de mi Tesis Doctoral<sup>1</sup> en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) dentro del área de derecho internacional, y registrada bajo mi autoría.

El derecho internacional presenta un problema que viene acentuándose cada vez más a medida que éste se desarrolla. No se trata solamente de una especialización, pues suele involucrar principios, normas, características y hasta actores de distinto tipo, como también una falta de coherencia que se va profundizando. Aquí nosotros trataremos dos regímenes dentro del derecho internacional que actúan fuertemente dentro de las relaciones internacionales: el régimen de protección de inversiones a nivel internacional y el régimen de protección de los derechos humanos.

A su vez, esta fragmentación del derecho internacional debe abordarse relacionándolo con otros dos fenómenos que pueden verse aparejados como ser la inflación y la asimetría normativas.

El argumento general para justificar la existencia del derecho internacional de las inversiones mediante tratados bilaterales –conocidos por sus siglas como “TBI”<sup>2</sup>– 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 imperio del derecho (*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 en los hechos, 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 del agua potable y el saneamiento. Un razonamiento en la lógica inicialmente argumentada indicaría que, para obtener previsibilidad jurídica en materia de agua y saneamiento, es que resulta necesario celebrar TBIs que protejan las inversiones privadas y habiliten jurisdicción a sistemas arbitrales como el del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el ámbito del Bco. Mundial, como mecanismo para la 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 regímenes paralelos que dictan normas sobre agua potable y saneamiento sin que las mismas logren un entrecruzamiento.

Ello provoca un efecto de “enfriamiento regulatorio” que en algunos casos pueda beneficiar en el corto plazo a las inversiones realizadas en el sector, pero que erosionan los derechos humanos y, por ende, causa perjuicios a la sociedad. Con esta erosión de los derechos humanos, la fragmentación del derecho internacional, la multiplicación de normas y la asimetría jurídica entre ciertas normas que se aplican más vigorosamente que otras, no causa una eficacia del derecho 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 y esta ineficacia del derecho para casos tan delicados como es el garantizar el derecho al agua potable y saneamiento a los habitantes de

---

<sup>1</sup> Echaide, Javier: *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones*, Tesis Doctoral. Fc. Derecho, UBA, Buenos Aires, 2013.

<sup>2</sup> La referencia “TBI” es a los tratados bilaterales de inversión, que también suelen adoptar otras denominaciones como tratados de protección de inversiones, tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, tratados de amistad, comercio e inversión, o incluso se encuentran como capítulo de inversiones dentro de los tratados de libre comercio o TLCs.

un territorio determinado, se produce un debilitamiento del *rule of law* con lo que se evidencia una distancia no menor entre el objetivo pretendido y el resultado obtenido.

Sin embargo, también existen normas que tratan al agua como un bien social en términos de un bien común, por fuera de la apropiación privada individual y más allá de las relaciones sociales mercantiles. Es necesario, entonces, hacer un llamado de atención de las contradicciones que pueden desprenderse de la existencia de dos ámbitos jurídicos: un bloque constituido por instrumentos internacionales en vigor y que tratan al agua potable como un bien social, cuyo acceso debe ser garantizado como un derecho humano, y otro bloque formado por un conjunto de normas internacionales y mecanismos jurídico-políticos que consideran al agua como una *commodity* más, una mercancía liberalizable y regulable por vía del mercado.

## 1. La relación entre agua, los derechos humanos y las inversiones

El derecho al agua implica un derecho al agua asequible para todos. Si los servicios de agua son gestionados por terceras partes, el Estado debe prevenir a estas partes sobre los compromisos en torno a un acceso asequible al agua.<sup>3</sup>

Una vinculación convergente del derecho de las inversiones y los derechos humanos es un punto aún no desarrollado dentro del derecho internacional. La visión que generalmente impera dentro de los tribunales arbitrales hasta el momento es una visión restrictiva de esta relación, incluso en comparación con el que los tribunales de inversión poseen respecto del derecho ambiental internacional. Hasta el momento, los tribunales de inversión no han tratado de desarrollar un conjunto coherente de normas relativas a las relaciones entre los derechos humanos y los instrumentos de inversión, y su jurisprudencia al respecto está aún en una etapa muy incipiente.<sup>4</sup>

Actualmente son pocas las cartas magnas que incorporan en forma vaga una consideración sobre el tema. Entre ellas se encuentra la Argentina, lo cual debería preocuparnos, puesto que la ubica al final del progreso existente en la materia, en una región rica en recursos naturales y especialmente en recursos hídricos. Pero el caso argentino es además singular por incorporar en su propia constitución tratados de derechos humanos llevándolos a jerarquía constitucional, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el cual los organismos de las Naciones Unidas (ONU) han entendido que el acceso al agua y el saneamiento resultan indispensables para la satisfacción de los demás derechos humanos.

No suficiente con ello, la misma ONU declaró el derecho humano al agua potable y el saneamiento como básico en el año 2010. Sin embargo, existen intereses contrapuestos que han quedado evidenciados en casos sometidos a la competencia arbitral internacional en materia de protección de inversiones privadas dentro del sector de servicios públicos de agua y saneamiento.

Puede darse el caso de que, ante la rescisión de un contrato de concesión entre la subsidiaria de una empresa transnacional y el Estado por incumplimiento de niveles inversión, impacto ambiental u otras condiciones estipuladas en el contrato, la empresa pueda demandar como

---

<sup>3</sup> Thielbörger, Pierre, "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: 498.

<sup>4</sup> Hirsch, Moshe, "Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths", en Dupuy, P.M. et al., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University, Nueva York, 2009: 106-107.

afectada de la protección de sus inversiones a nivel internacional o bien pedir a su Estado que repita su reclamo ante la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Los tribunales arbitrales del CIADI que han laudado en la materia hasta el momento no han considerado al derecho humano al agua potable. Esta situación pone de manifiesto la obligación de los Estados al momento de regular en materia de servicios públicos, y sobre todo en un caso tan delicado como el del servicio de agua potable y saneamiento. Pero también muestra la necesidad de revisar el régimen de protección de inversiones que se encuentra en los TBI, a fin de prevenir estos conflictos entre normas y que, en última instancia, se obligue al erario público a tener que responder con el esfuerzo de toda la sociedad, bien por la violación del deber de no regular o bien por la violación de la protección de la inversión extranjera.

Si bien es cierto el carácter de relatividad de los derechos, una visión restrictiva sobre aquellos que resultan esenciales para la vida –como lo es el acceso al agua potable- puede atentar contra la noción de la progresividad de los derechos y de un mayor nivel de bienestar social. En este sentido, y si los derechos en efecto están supeditados a los recursos disponibles, frente a un futuro escenario de crisis donde los recursos se muestren cada vez más limitados y escasos, esta visión supone asumir que cada vez deberemos contar con un futuro con menos derechos, menos libertades y menos bienestar. El desafío es entonces mejorar la administración económica de los recursos para así responder adecuadamente a un mayor bienestar y mayor libertad para la sociedad.

Queda claro que la vinculación entre el régimen de protección de inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos existe en puntos claves como ser los casos del servicio de agua potable y saneamiento.<sup>5</sup> Y esta vinculación deberá quedar reflejada en forma cada vez más presente en los laudos arbitrales, los cuales tendrán que reconocer en forma explícita dicha relación.

¿Qué deberes puede imponer el derecho al agua? Frente a esta cuestión debemos recordar que los deberes de este derecho han sido impuestos al Estado en su deber de regulación.<sup>6</sup> Pero también resulta difícil no caer en una posible contradicción cuando el Estado otorga derechos y se obliga frente a partes que parecen estar en distintos extremos de un conflicto, aun cuando los bienes jurídicos protegidos sean diferentes, como lo son las obligaciones surgidas en materia de protección de la propiedad privada de las inversiones y las obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos sobre el acceso al agua potable. En tal caso, el Estado debe buscar las maneras de responder a las obligaciones asumidas, de modo de hacer concreto el progresivo estado de bienestar social y de ampliación de derechos de cualquier tipo, sin importar la “generación” en la que pudieran inscribirse.

El derecho humano al agua no resulta “gratuito” sino que va aparejado de una obligación. Pero tal obligación de ejercer el poder de policía por parte del Estado en una mejor y mayor regulación que garantice el derecho al agua va a contrapelo del “enfriamiento regulatorio” que se comprueba como efecto de las demandas ante el CIADI contra los Estados en materia de servicios públicos, y sobre todo en materia de agua y saneamiento. Ello representa un problema serio que debe ser abordado.

Resultaría sumamente conveniente que pueda entablarse un diálogo entre regímenes jurídicos que se presentan distintos, como lo son el de la protección de las inversiones y el del derecho

---

<sup>5</sup> “La tendencia actual parece indicar que el papel de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones seguirá aumentando. Si el sistema de arbitraje es el más adecuado para hacer frente a violaciones de derechos humanos sigue siendo un tema controvertido. La falta de transparencia y de legitimidad son tal vez reproches inevitables y aún está por verse si estos problemas pueden ser resueltos.” (Reiner y Schreurer, Op. Cit., 2009: 96.). Entrevista a Mónica Pinto, 27/06/2011.

<sup>6</sup> Reiner y Schreurer, Op. Cit., 2009: 167.

internacional de los derechos humanos, para poder así favorecer una mayor coherencia, cooperación, coordinación y sistematización de las obligaciones asumidas por el Estado.<sup>7</sup>

Esta regulación debe ser doble: no solamente en materia de agua y saneamiento, sino también en materia de inversiones, otorgando un nuevo marco jurídico que dé reglas claras y congruentes a las inversiones extranjeras que deseen actuar dentro del sector de los servicios públicos. La necesidad de ello radica en que no hay hasta el momento un marco regulatorio en materia de inversiones que fije una pauta al Estado sobre hasta dónde y qué debe proteger en concepto de “derecho de las inversiones”: este marco está dado en forma ambigua por los TBIs, y dicha ambigüedad permite lecturas diversas y muy amplias por parte de los tribunales arbitrales del CIADI, con lo cual se realizan interpretaciones que incluso van más allá de la voluntad de los Estados al momento de ratificar dichos acuerdos internacionales.

Una regulación en materia de inversiones congruente con los derechos humanos, una mayor cooperación entre regímenes autónomos del derecho internacional, una sistematización de estas obligaciones por parte del Estado y una coordinación regulatoria en consecuencia, obtendría como resultado una mayor previsibilidad del sistema jurídico, reglas más claras para los inversionistas extranjeros así como para la población en general, y una garantía en el goce de los derechos sociales. Todo ello equivaldría en un ahorro económico significativo en materia de recursos del Estado, pero también una reducción sustancial de los niveles de conflictividad social.

## **2. Sobre la inflación y la asimetría normativa y un desarrollo progresivo de múltiples velocidades del derecho internacional**

Como dijimos, el fundamento central del régimen de inversiones indica que, para obtener la previsibilidad jurídica necesaria para atraer inversiones extranjeras, resulta necesario celebrar TBIs que las protejan y prorroguen la jurisdicción local en favor del CIADI. Así se ha generado un régimen auto-contenido sin que este conjunto de normas logren un entrecruzamiento con bloques normativos que poseen una prioridad mayor. Ello se suma al enfriamiento regulatorio que en algunos casos pueda beneficiar en el corto plazo a las inversiones realizadas en el sector, pero que erosionan los derechos humanos y, por ende, causa perjuicios a la sociedad.

Con esta erosión de los derechos humanos, la fragmentación del derecho internacional, la inflación normativa y la asimetría jurídica no se logra una eficacia del derecho sino todo lo contrario: una proliferación de normas que produce desbalances entre bienes jurídicos protegidos que se ven afectados para un mismo caso pero que son tratados en ámbitos jurídicos distintos debido a la mencionada fragmentación. Con este desbalance y esta ineficacia del derecho para casos tan delicados como es el garantizar el derecho al agua potable y saneamiento, se produce un debilitamiento del *rule of law*, 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 otro lado, vemos una suerte de *nova lex*

---

<sup>7</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*, Oxford University Press, Oxford, 2009: 13.

*mercatoria*, con organismos especializados en materia de comercio, 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>8</sup> Esta fuerte disparidad enseña lo que podemos llamar una asimetría normativa a favor de esa *lex mercatoria nova*, 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>9</sup>

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>10</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.

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>11</sup> 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.

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 las ETN frente a las cortes regionales de derechos humanos –algo improbable en el corto plazo–.

---

<sup>8</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>9</sup> Hernández Zubizarreta, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, 2009b: 665, 667. Tal como sostiene el Prof. 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.” (Petersmann, Op. Cit., 2009: 12).

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, FCE, México, 1943: 125-126.

<sup>11</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.<sup>12</sup> 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.

Los derechos humanos son derechos de carácter objetivo que no pueden, por ello mismo, ser dejados de lado por acuerdo *inter partes*. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes encuentra límites en nociones tales como el interés público y las normas imperativas del derecho internacional que no pueden ser dejadas de lado por lo pactado entre Estados, mucho menos por lo que acuerde el Estado y una empresa en el contrato de concesión. Aun para aquellos autores que no reconocen todavía a los derechos humanos como *ius cogens* internacional, sí admiten su aplicación *erga omnes*, tal como reconoció la CIJ en 1970 con el caso “Barcelona Traction”. En tal sentido, los derechos humanos no son simplemente normas trasplantadas de los ordenamientos internos de los Estados al orden jurídico internacional sino normas internacionales objetivas que hacen al interés de la comunidad internacional de Estados y que son nacionalmente aplicables por éstos para todos.<sup>13</sup>

El esclarecimiento judicial de normas sustantivas de tratados internacionales de inversiones en procesos de solución de conflictos económicos transnacionales debe guardar el debido respeto a las obligaciones de los Estados para proteger los derechos humanos y sus obligaciones *erga omnes* en relación a terceros afectados por disputas de inversiones. Negar la relación de derechos humanos con el régimen de protección de inversiones puede llevar a casos peligrosos donde inversionistas, en connivencia con las autoridades de gobierno anfitrión, eludan las obligaciones de derechos humanos u otras de carácter *ius cogens*.<sup>14</sup> En ese caso y dentro de la disociación de normas tal como existe hoy, la violación de obligaciones *erga omnes* ¿podría justificar la competitividad de una economía? ¿Son los derechos humanos una “variable a ajustar” en pos de una competitividad económica y de la seguridad jurídica para las inversiones?

Creemos que no: ningún Estado puede prescindir de ellos, a diferencia de las condiciones de reciprocidad entre Estados de las que dependen los TBIs.<sup>15</sup> Tal como afirma Pinto: “*no se puede decir que a estas alturas de lo que se trata es solamente de un conjunto de aspiraciones morales pateadas hacia adelante, vehiculizadas o motorizadas por un conjunto de ONGs o en un ámbito solamente de DDHH. (...) Entonces, creo que en ese punto, tenemos tanto hard law como soft law. La cuestión es saber si yo, negociadora del Estado “X” con Ud., que es un negociador de la empresa “Y”, en materia de agua y saneamiento dentro de una ciudad o de un país, puedo hacer de cuenta que la norma del Pacto no existe... Esto es lo que está viniendo [y] no es lo que hicieron en la década del ‘90 cuando privatizaron todo... Porque la verdad es que también es muy riesgoso decirle al Estado que se puede sacar la mochila de los derechos humanos solamente cuando tiene buenas posibilidades de hacer caja.*”<sup>16</sup>

En este mismo sentido, el Estado debe asumir la totalidad de sus obligaciones al momento de proteger las inversiones extranjeras, dentro de las cuales deberán constar desde ya las

---

<sup>12</sup> Pipan, Anita, *Los derechos humanos y la OMC*, Ciudad Argentina, Buenos Aires y Madrid, 2006: 22.

<sup>13</sup> Pinto, Mónica, “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario”, en Pinto, Mónica, *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, 2009: 25-28.

<sup>14</sup> Petersmann, Op. Cit., 2009: 5.

<sup>15</sup> Dupuy, Op. Cit., 2009: 48.

<sup>16</sup> Entrevista realizada el 27/06/2011 a Mónica Pinto, Decana de la Fc. Derecho (UBA), especialista en derechos humanos y en derecho internacional público.

obligaciones en materia de derechos humanos. Pero por otro lado, y para que sus expectativas puedan ser consideradas como “legítimas”, los inversores también deben tomar debida nota de las obligaciones del Estado derivadas de las obligaciones de derechos humanos.<sup>17</sup>

De persistir esta situación será una oportunidad perdida. El nuevo marco material que aporta la presente crisis mundial abre la posibilidad de poder revisar el esquema instalado en los años noventa y sintetizar el cambio ideológico que esta crisis está produciendo, para generar así un mayor grado de coherencia que asegure el disfrute del derecho humano al agua, la previsión necesaria para dotar de reglas claras al sector privado, y un aprovechamiento responsable de los recursos hídricos.

Para ello es necesario reformular el régimen de inversiones, lo cual conlleva obviamente la denuncia de los TBIs vigentes y su renegociación. Para ello, se recomienda la formación de un equipo negociador multidisciplinario que integre las distintas agencias gubernamentales en materia de promoción de inversiones extranjeras (como ser Subsecretaría de Desarrollo de Inversiones Extranjeras), las agencias reguladores de servicios públicos (nacionales y provinciales), las agencias que defienden al Estado en demandas internacionales en materia de inversiones (como es la Procuración del Tesoro de la Nación) al cuerpo de negociadores de los tratados de inversiones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación. Ello debería estar además acompañado por un marco legal sancionado por el Congreso de la Nación que mandate a esta comisión negociadora multidisciplinaria a fin de fijar estándares y requisitos mínimos que estos nuevos acuerdos deberían respetar. Con una nueva “Ley de Inversiones” que articule las obligaciones del Estado con el régimen de derechos humanos, los principios generales de derecho en materia de regulación de los servicios públicos y los nuevos tratados de inversión, podría darse un nuevo marco jurídico que brinde el nuevo nivel de protección en que sugerimos en esta obra, así como también lograr una coherencia en cuanto a la formación de reglas claras y a la prevención de posibles conflictos futuros surgida de la propia experiencia de la Procuración del Tesoro en su tarea de defensa de las causas contra el Estado Nacional dentro del CIADI.

Pero es preciso que hagamos un llamado final de atención para no dejar de entender al Derecho como una herramienta social para equiparar situaciones inequitativas y no dejarlo caer en un mecanismo de normas que consolidan un poder establecido y le otorgan a éste mayores beneficios aún con la intención de acrecentar ese poder.

Salvaguardar los derechos y el bienestar de los más desventajados en esta relación de poder entre sectores sociales postergados y empresas de capital más concentrado a nivel global, es sin duda una tarea aún pendiente que la ciencia jurídica no puede desentender. Y en virtud de respetar los valores de justicia, equidad y democracia es que bien vale establecer un punto de partida para reivindicar el rol del Derecho como ciencia social que reequilibre las relaciones de poder.

### **3. Sobre la fragmentación del derecho internacional**

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

---

<sup>17</sup> Dupuy, Op. Cit., 2009: 54.



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>18</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 fue desarrollándose y profundizando las áreas mencionadas, así como dando nacimiento a nuevos temas bajo su órbita.

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 su 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 distintas 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 posee conexión con el tema que abordamos en este trabajo, pues aborda la posible relación entre dos sub-ramas del derecho internacional –el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos- aplicadas a un recurso natural específico como es el agua potable.

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 evidencia una preocupación creciente 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*

---

<sup>18</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).

*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>19</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>20</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 necesidades de manera más eficiente muchas veces, o más cómoda en otras. Esta frecuencia para apartarse de las normas

---

<sup>19</sup> Ibidem, pág. 12.

<sup>20</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 Koskeniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?" *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), págs. 553 a 579.

generales del derecho internacional es un riesgo ya no posible sino bien palpable en nuestros días.<sup>21</sup>

Entendemos que es preciso allanar dichas posibles 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 desde qué perspectiva tome quien esté analizando tal situación: no es posible entender que una obligación internacional puede cumplirse si dejamos de cumplir 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 tiempo.

Al mismo tiempo, el derecho internacional debe identificar normas de un orden de preferencia mayor de modo de poder establecer prioridades al momento de comparar normas.<sup>22</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>23</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 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 y de Aguas Provinciales de Santa Fe (dentro de la “Saga Suez” que hemos analizado previamente), 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. El Tribunal no consideró la cuestión de los derechos humanos más 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 el caso 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.

---

<sup>21</sup> CDI, *Informe sobre la fragmentación del derecho internacional*, ONU, Nueva York / Ginebra, 2006: 15.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 190.

<sup>23</sup> *Ibidem*, págs. 18-21.

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>24</sup> incluso haciendo referencia al Art. 55 del Proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos<sup>25</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>26</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:

*“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>27</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*.

---

<sup>24</sup> Ibidem, pág. 38.

<sup>25</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.*”

<sup>26</sup> CDI, Op. Cit., 2006: 41.

<sup>27</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2008: 159.

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 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>28</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>29</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>30</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>31</sup> Por lo tanto, creemos que es correcto decir que los *self-contained regimen*es 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>32</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>28</sup> Ibidem, pág. 65-66.

<sup>29</sup> Ibidem, pág. 75-76.

<sup>30</sup> Ibidem, pág. 78.

<sup>31</sup> Ibidem, pág. 114.

<sup>32</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 estamos 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 todos* es una práctica arraigada dentro del derecho internacional,<sup>33</sup> por cuanto no puede negarse su existencia.

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

---

<sup>33</sup> Ibidem, págs. 221-222.

protegidos por tales obligaciones.<sup>34</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>35</sup> y que, por lo tanto, resultan exigibles en todo momento sin que puedan existir momentos en donde estas obligaciones puedan suspenderse o quedar eximidas, pues el Estado se obliga a cumplirlas en todo momento, sin que se admitan normas de suspensión de estos derechos.<sup>36</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 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>37</sup>

---

<sup>34</sup> Ibidem, pág. 225.

<sup>35</sup> Ibidem, págs. 228, 234-235.

<sup>36</sup> Entrevista a Mónica Pinto, 27/06/2011.

<sup>37</sup> La CDI incluso ha comparado al bloque de normas *ius 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).

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>38</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>39</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>40</sup> motivo por el cual se necesita de ámbitos jurídicos especializados aun cuando ello fragmente al derecho internacional.

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 interna 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>41</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 subsistemas 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, sino que es deseable y además necesario. De ese modo el sistema logra coherencia y evita la dispersión.

Para ello, es preciso entender a la jerarquía de normas de *ius 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

---

<sup>38</sup> CIADI, Op. Cit., 2005: 9-10, párr. 19. CIADI, Op. Cit., 2006: 8-9, párr. 18.

<sup>39</sup> CDI, Op. Cit., 2006: 236.

<sup>40</sup> Ibidem, págs. 228, 281.

<sup>41</sup> Petersmann, Op. Cit., 2009: 4.



especialidad de cada uno de ellos, pero preservando la coherencia del sistema de modo de poder responder con flexibilidad a los 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.

#### 4. Sobre la inflación normativa y la eficacia del derecho

Una de las formas de dispersión del sistema jurídico es la sobreabundancia de normas para regular un aspecto o área determinada dentro del derecho. La fragmentación y la sobre-especialización del derecho internacional puede causar –como también ocurre dentro de los regímenes jurídicos nacionales- una proliferación normativa que puede superponer regulaciones que emanan desde el derecho.

La falta de coherencia dentro del sistema normativo que ofrece el derecho internacional es uno de los riesgos que provoca la fragmentación del mismo,<sup>42</sup> con lo que es un delicado equilibrio entre una diversidad de regulaciones especializadas y una falta de diálogo que provoque conflictos entre normas. Podemos decir entonces que la fragmentación del derecho internacional puede abonar a una posible superposición de ámbitos de análisis y la generación de normas sin que exista entre ellas una coherencia que regule a la materia dentro de un mismo criterio.

La eficacia del derecho y el estado del *rule of law* son los que pueden permitir un desarrollo sostenible. Para ello es preciso tener a la norma jurídica como un acuerdo que hagan referencia a un proyecto orientado a objetivos que cumplir. No cumplir dichos objetivos implica la no realización del proyecto. El fracaso del imperio de la ley significa, en estos términos, la imposibilidad de lograr un desarrollo sostenible, sea porque o no será un desarrollo genuino o porque no podrá sostenerse en el largo plazo.

Para ello es necesario un *locus* de control interno y otro externo, es decir: un autocontrol proactivo en términos tanto individuales como colectivos, como así también un control externo (el Estado) que pueda reaccionar frente a la situación de una anomia individual.<sup>43</sup> Pero ello requiere un ordenamiento jurídico claro que evite situaciones de solapamiento de normas producto de una pluralidad normativa poco sistematizada.

Las sociedades modernas aparecen atravesadas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, que sustraen al Estado el monopolio normativo y desplazan el monismo jurídico hacia el pluralismo. La idea del pluralismo jurídico tiene que ver con más de un sistema jurídico que opera en la misma unidad política, implica ordenamientos jurídicos autónomos en un mismo espacio geopolítico y que se interrelacionan constantemente.<sup>44</sup> La idea del pluralismo jurídico es compleja y no podremos desarrollarla en este trabajo, pero es interesante pensarla en la medida en que el entramado jurídico dado por los TBIs, los laudos del CIADI, los tratados de derechos humanos y el derecho internacional general provocan un estado de inflación normativa desde distintos lugares pero que convergen de manera contradictoria en el caso del agua potable y saneamiento.

Sin embargo, la inflación normativa está dotada de un *imperium*<sup>45</sup> mayor para algunas normas que para otras, lo cual la convierte en una inflación asimétrica.

---

<sup>42</sup> CDI, Op. Cit., 2006: 15, 130, 152, 242-243, 286-287.

<sup>43</sup> Biagi, Marta: “La representación social del agua en las culturas urbanas de la Argentina”, en Capaldo, Griselda: *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and sustainable management of water*, 2011: 158-161.

<sup>44</sup> Souza Santos, Boaventura de, *La globalización del derecho*, 1998: 19. Hernández Zubizarreta, Op. Cit., 2011: 206-207.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 207.

En este sentido, uno de los principales desafíos para el siglo XXI es encaminarse hacia una gobernanza multisectorial sostenible de los recursos naturales. Pero tal gobernanza es amenazada por efectos como la fragmentación del derecho.<sup>46</sup> Precisamente, tanto el *rule of law*, como la gobernabilidad, como el desarrollo sostenible dependen de una aplicación efectiva de la ley, lo cual ha de permitir finalmente un ambiente de previsibilidad jurídica.

La ineficacia del derecho no resulta una amenaza en abstracto del sistema: significa juegos de variables cuyo saldo es eminentemente negativo, pero que no por ello deja de tener beneficiarios parciales. Una ineficacia del sistema jurídico permite la generación de espacios de corrupción que se instalan dentro del sistema, y la consecuencia plausible de la existencia de redes de corrupción es, por ejemplo, una disminución en los costos estructurales del sector público en el corto plazo, la reducción de tiempos y una simplificación de los procesos internos. Pero también dicha corrupción implica un aumento en el nivel de incertidumbre del sistema, dado el riesgo que involucra que los procesos, las tomas de decisiones y el funcionamiento mismo del sistema dependa de la influencia del dinero o de otros mecanismos de corrupción. La ineficacia del derecho y el aumento de la incertidumbre generan un contexto favorable para una escalada de violencia y una amenaza a los derechos, incluyendo el derecho de propiedad. Esta amenaza al conjunto de derechos en general significará un aumento en los costos estructurales privados locales en el largo plazo, con lo cual la ineficacia del derecho acaba resultando una amenaza mucho mayor.<sup>47</sup> Muchas veces, estos sistemas jurídicos ineficaces y corruptos generan una gama de oportunidades de negocios donde es más sencillo ingresar, con promesas de altos dividendos, pero donde consecuentemente el riesgo es mucho mayor.

Habitualmente un argumento en favor del desarrollo de áreas específicas dentro del derecho (y especialmente nos remitimos al derecho internacional) en virtud del cual dichas normas aportan una seguridad jurídica necesaria para crear un ambiente de previsibilidad y así fomentar las relaciones de cooperación entre distintos actores sociales. Este es uno de los argumentos más comunes a favor de la celebración de tratados de protección de inversiones así como del sistema CIADI. Sin embargo, existen argumentos contrafácticos tanto desde el punto de vista teórico como desde la empiria: como hemos mencionado con anterioridad, informes de la UNCTAD han estudiado la relación entre los TBIs y el incremento de las inversiones a partir de una universalidad de casos. Su informe<sup>48</sup> concluye sosteniendo que “*los All [acuerdos internacionales de inversión] no bastan para atraer IED [inversión extranjera directa]. Otros determinantes del país receptor, en particular los determinantes económicos, desempeñan un papel más importante. (...) los All pueden influir en la decisión de una empresa sobre dónde invertir, y que esa influencia suele ser más importante en el caso de los AICP [acuerdos internacionales de cooperación y comercio preferencial] que en los TBI.*”<sup>49</sup> Los determinantes económicos referidos suelen tener que ver, por ejemplo, con el tamaño de los mercados o con las condiciones macroeconómicas, no la firma de tratados de protección de inversiones. Dicho informe establece que existe una relación entre TBIs e IED, pero que la influencia de los primeros sobre las corrientes de inversiones no acaba siendo concluyente como para establecer que su celebración sea garantía de atracción de inversiones futuras.

No obstante, la proliferación de TBIs ha generado un sub-sistema dentro del derecho internacional en el ámbito de las inversiones extranjeras, que resulta ser autorreferencial en

---

<sup>46</sup> Capaldo, Griselda: “Gobernabilidad ambiental y eficacia del derecho: dos magnitudes del desarrollo sustentable”, en Capaldo, Griselda: *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and sustainable management of water*, 2011: 19.

<sup>47</sup> Holmes y Sunstein, Op. Cit., 2011: 94.

<sup>48</sup> UNCTAD: “El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo”, 2009.

<sup>49</sup> Ibidem, 2009: XIV-XVII.

cuando a la solución de controversias en materia de inversiones. Este sí ha sido un factor determinante por parte de los TBIs, que han creado normas especiales en referencias a niveles de trato y de protección de las inversiones extranjeras en un territorio, sin importar el sector económico a donde dicha inversión se dedique. Y cada sector de la economía también posee sus particularidades en cuanto a la regulación doméstica y los compromisos asumidos por el Estado territorial a nivel internacional: no es indistinto tratar sobre el sector de distribución de agua potable y alcantarillado que sobre otro sector cualquiera de la economía. Algunos apuntan a tener impactos directos sobre los niveles de vida y bienestar de la población en general y pueden afectar derechos esenciales para la dignidad de las personas que generalmente se encuentran reconocidos en instrumentos jurídicos de alta jerarquía normativa, sea doméstica (como pueden serlo las Constituciones políticas de los Estados) como internacional (los tratados internacionales en materia de derechos humanos y otras obligaciones *erga omnes*, por ejemplo).

La calidad de vida de las generaciones presentes y futuras dependerá en gran medida del grado de eficacia que el derecho logre tener, es decir del imperio de la ley (*rule of law*) pero no de *ciertas* normas sino en la búsqueda de una congruencia que otorgue al sistema jurídico la tan mentada previsibilidad que se desea. Entendemos que esas deben de ser las reglas de juego para el próximo siglo, de lo contrario el producto de lo ya existente se verá en mayores grados de problematización: un sistema jurídico cada vez más fragmentado con cada vez mayor cantidad de leyes que se diluirá en dicha inflación normativa. Una mayor cantidad de normas no significa una mayor o una mejor regulación, sino que implica simplemente más leyes. Dicha inflación normativa otorga al sistema un confuso abarrotamiento legal que atenta con la previsibilidad jurídica deseada en tanto provoca una dispersión de la regulación proclive a una falta de coherencia a la que ya nos hemos referido.

En esa dispersión de normas, donde pueden darse situaciones de solapamiento y ambigüedades entre las mismas, la eficacia del derecho se torna errática y difícil de lograr. Sin esa eficacia ya no es posible un *rule of law* vigoroso sobre el cual puedan apoyarse la gobernabilidad y el desarrollo sustentable de los recursos naturales, por lo que los objetivos a cumplir que orientaban un proyecto común se tornan de imposible cumplimiento y el proyecto acaba fracasando. Quizás sí estemos dando mayores garantías a ciertos derechos dentro de un fragmento determinado de la ciencia jurídica, pero haciendo esto tal vez no estemos otorgando al derecho en general la coherencia que pretendemos sostener. Dicha coherencia se basa en un diálogo entre áreas, un respeto a la jerarquía de normas, y la formación de criterios comunes.

## **5. Sobre la asimetría normativa y un desarrollo progresivo de múltiples velocidades**

A la situación de fragmentación del derecho internacional en áreas que mantienen poco (o ningún) diálogo entre sí, y a la situación de una inflación de normas que acaban por tornar ineficaz la regulación normativa desde una perspectiva sistémica, se suma el problema de encontrar ciertos grados de validez coercitiva de normas que no siempre se condicen con el rango de jerarquías habido en el sistema jurídico, generando un desequilibrio entre las normas existentes dentro del derecho internacional.<sup>50</sup>

El desarrollo de sub-sistemas en forma tan disociada uno del otro como han sido el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones, también

---

<sup>50</sup> Hernández Zubizarreta, Juan: “Un nuevo derecho corporativo transnacional. El carácter feudal de los ordenamientos jurídicos globales”, en Capaldo, Griselda, *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and sustainable management of water*, 2011: 197.

ha provocado grados de especialización y profundización de cada uno de ellos de manera que cada cual ha podido generar sus propios sistemas de control, aplicación y sanción.

Parte de estas preocupaciones pueden resumirse en lo siguiente:

*“Principios normativos y sistemas jurídicos establecidos por la teoría liberal están sufriendo modificaciones sustanciales, así la crisis de la soberanía de los Estados, el monopolio estatal de la violencia y la consolidación de organizaciones multilaterales de comercio y las finanzas que disputan, cuando no subordinan, las decisiones y el control del Estado. Aspectos a los que se suman las crisis de principios jurídicos como el de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica y la modificación del monismo jurídico.”*

*“El Derecho como institución (...) asume configuraciones históricas mutables, y, en el caso que nos ocupa, adecuadas a las características centrales de la globalización. [Ello] está generando un entramado institucional de perfiles propios que utiliza categorías y principios jurídicos estatales y de Derecho Internacional junto a prácticas privadas que regulan el comercio internacional por medio de una hiperinflación normativa difícil de conocer y controlar, dotada de un imperium y con plena eficacia jurídica y sancionatoria, adecuada a sistemas arbitrales de resolución de conflictos.”<sup>51</sup>*

De esta manera el desarrollo progresivo del derecho internacional se ha dado al mismo tiempo que su fragmentación. Incluso se observa que el estándar de protección proveído por los instrumentos jurídicos de derechos humanos son más bajos que el estándar contenido en los tratados de inversiones y en los contratos. Por ende, el desarrollo de áreas de experticia como ser el derecho internacional de las inversiones no ha sido uniforme respecto de otras como el derecho internacional de los derechos humanos, además de haberse dado sin un diálogo entre ambas.

Hasta el momento lo que ha habido es un desarrollo progresivo *paralelo* en donde el derecho internacional de las inversiones (que muchas veces también está aparejado con el derecho relativo al comercio internacional) ha crecido más rápido y de forma más profunda que el derecho internacional de los derechos humanos, y en una forma completamente dissociada entre ambos.

Sobre este punto, la Dra. Mónica Pinto asevera:

*“[N]o creo que [el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos] tengan ni siquiera la misma velocidad, ni el mismo alcance. Me parece que hay una parte que está mucho más desarrollada en tanto que otra quedó todavía más atrás. Todo lo que tiene que ver con OMC y todas estas cosas vienen con una velocidad de crucero, constante y avanza, en tanto que los warnings, las advertencias [sobre “este punto] puede atacar un derecho humano”, que sí se dan, y que en algún momento tendrían que dejar de ser paralelas para a cruzarse con las primeras, todavía no se han cruzado. En cualquier momento podría pasar, pero todavía no se han cruzado. Y la realidad es que, como esto [las advertencias sobre la afectación a derechos humanos] está a nivel de warnings y esto otro [el derecho internacional de las inversiones] ya es hard law, aun cuando esto sea hard law circunscripto a las partes, lo último va a una velocidad en tanto que lo primero ha quedado rezagado. Entonces, los desarrollos sí son paralelos, por ahora. La idea es que no deban ser*

---

<sup>51</sup> Ibidem, 2011: 206-207.

*paralelos, que se tengan que encontrar en algún momento, pero lo real es que en estos grupos que hoy por hoy son paralelos, las velocidades no son las mismas, la constancia no es la misma, y la calidad de las normas o del producto no es la misma, y por qué: porque for the time being, de un lado tenemos hard law, aun cuando ese hard law sea la sumatoria de tratados bilaterales o de acuerdos bilaterales, y por el otro lado tenemos por ahora un “hard law mínimo” y un gran soft law que va camino a transformarse en norma consuetudinaria internacional.”<sup>52</sup>*

Por un lado podemos encontrar una sumatoria de tratados bilaterales de protección de inversiones y otros que son tratados de libre comercio que incorporan capítulos de inversiones que son asimilables –cuando no idénticos- a los TBIs. Este conjunto de tratados conforman un *spaghetti bowl* que actúa como red de relaciones jurídicas bilaterales dentro de un marco de cierta multilateralidad otorgada por cláusulas como el de la nación más favorecida.<sup>53</sup> Por el otro lado encontramos al derecho internacional de los derechos humanos, de carácter multilateral y con obligaciones *erga omnes* que importan a toda la comunidad internacional y no solamente a los Estados parte de las convenciones que lo forman.

Esta especie de disociación entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos encuentra en el caso del agua un punto común y en donde resulta necesario establecer el entrecruzamiento que los vincule para evitar consecuencias que pudieran ser perjudiciales tanto para asegurar un clima estable para las inversiones como también la plena vigencia de los derechos humanos en el orden nacional e internacional, algo que es poco estudiado en el derecho internacional.<sup>54</sup>

Empero, dicho entrecruzamiento ha sido problemático hasta el momento dado el distinto desarrollo que ambas áreas del derecho internacional han tenido. Resulta claro que el desarrollo de un fragmento del derecho internacional en comparación con el otro ha sido muy disímil.

El derecho de las inversiones, que aun siendo formalmente bilateral, ha formado un complejo sistema de vínculos jurídicos tanto en las relaciones entre normas (mediante la CNMF) como también dentro del sistema de solución de controversias que ha creado (los tribunales del CIADI), que aun siendo *ad hoc* acostumbran citar jurisprudencia de otros tribunales arbitrales y aplicar analogía a sus casos quizás debido a la profunda raíz del *common law* por la cual provienen la mayoría de sus árbitros.

El resultado de este desarrollo ha sido un sistema de protección de inversiones de carácter vinculante, coercitivo y eficaz que encuentra en los laudos de los tribunales del CIADI resoluciones inapelables que los Estados partes –generalmente condenados- tienen la obligación de acatar.

Paralelamente se encuentra el derecho internacional de los derechos humanos, que aun siendo anterior a los mecanismos de protección de inversiones, avanza a un paso mucho más lento y menos coercitivo. Sus normas todavía se encuentran con un peso relativo en tanto a su aplicación coercitiva: la mayor parte de ellas se tratan de *soft law* que, aunque siendo derecho positivo, no resulta vinculantes para los Estados. En el centro de este bloque normativo se encuentra lo que puede ser un “*hard law* mínimo” y que se halla en instrumentos jurídicos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Declaración Universal de los

---

<sup>52</sup> Entrevista a Mónica Pinto, 27/06/2011.

<sup>53</sup> Entrevista a Eduardo Tempone, 15/11/2010. Lal Das, Op. Cit., 2004: 48-49. Steinberg, Op. Cit., 2007: 24-25.

<sup>54</sup> Bohoslavsky, Op. Cit., 2010: 17.

Derechos humanos, que para el caso argentino cuentan con jerarquía constitucional en ambos casos.

Pero las normas de este fragmento del derecho internacional, a pesar de tener un perfil de mayor importancia que las que poseen las normas sobre inversiones, resultan de una aplicación más difícil. En este sentido, las voces que más duramente critican esta relación asimétrica entre ambos sub-sistemas de normas observan *“una estructura formal de norma jurídica pero con vocación de construir ámbitos de derecho blando, que permiten a las multinacionales funcionar con plenas garantías económicas y con criterios unilaterales entroncados en el Derecho Internacional de Comercio y al margen de la función tuitiva del Derecho Internacional de los Derechos humanos.”*<sup>55</sup>

En palabras de Boaventura de Souza Santos, estos fuertes desequilibrios que se producen entre el mercado y los derechos humanos<sup>56</sup> son muestra de una asimetría normativa entre el derecho internacional de protección de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos que, lejos de otorgar al sistema jurídico de una mayor seguridad, aporta incoherencia puesto que socava la validez de obligaciones de mayor jerarquía (las obligaciones *erga omnes* de los derechos humanos)<sup>57</sup> en pos de favorecer aquellas emanadas de otro *self-contained regime* pero que no goza del rango de las primeras.

En términos de aplicación nos hallamos ante una asimetría normativa producto de un desarrollo progresivo de regímenes autónomos que han crecido a velocidades diferentes,<sup>58</sup> pasando por alto que el derecho internacional de los derechos humanos es de carácter público frente al derecho de las inversiones, de índole privada,<sup>59</sup> como también el carácter objetivo de los derechos humanos frente a la “subjetividad” de las obligaciones surgidas a partir de tratados bilaterales como los de protección de inversiones que dependen de dicha bilateralidad recíproca entre Estados soberanos y no del carácter objetivo que le otorga todo el sistema, como ocurre con las obligaciones *erga omnes*.<sup>60</sup>

El caso que nos ocupa –el agua potable y saneamiento- provoca aristas diversas que es necesario considerar, puesto que resulta un problema serio a resolver desde varios puntos de vista: se trata de un recurso escaso, un recurso que además es indispensable para la vida, un bien que no es reemplazable por otro, pero que también por estas características puede obtener un alto rédito en términos de mercado, se trata de un recurso donde tanto sector público como privado tienen un rol de importancia en cuanto a garantizar su acceso, pero en donde también pesan distintas responsabilidades tanto contractuales como obligaciones emanadas de instrumentos jurídicos del derecho internacional.

Al respecto, llama la atención que los laudos del CIADI no contemplen seriamente esta vinculación del agua potable con el derecho de las inversiones, pero también con los derechos humanos, y que tampoco hayan establecido hasta el momento –como sostiene Pinto- una relación entre ambos.

Está claro que este entrecruzamiento no deslinda las responsabilidades del Estado así como tampoco la protección de las inversiones garantizadas por los TBIs. Pero ya ha habido distintas advertencias, tanto en algunos laudos del CIADI como sobre todo en las defensas planteadas por los Estados –y en esto el Estado argentino ha sido particularmente activo-, de que los incumplimientos contractuales por parte de las empresas han sido motivos fuertes por los

---

<sup>55</sup> Hernández Zubizarreta, Op. Cit., 2009: 664.

<sup>56</sup> Souza Santos, Op. Cit., 1998: 176-232.

<sup>57</sup> CDI, Op. Cit., 230, 236, 41, 228, 281.

<sup>58</sup> García, Op. Cit., 2008: 113, 168-169. San Martín Sánchez de Muniáin, Laura, *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*, 2000: 20, 32.

<sup>59</sup> Hirsch, Op. Cit., 2009: 107-109.

<sup>60</sup> Dupuy, Op. Cit., 2009: 48.

cuales se han quitado las concesiones en un plazo mucho menor a los que se supieron acordar (30 o 40 años), lo cual configuró, para los tribunales del CIADI, en la mayoría de los casos de responsabilidad internacional por la violación de TBIs.

Pero “[e]l tema de que exista un sistema de solución de controversias del lado de las inversiones que parezca mucho más eficaz y que sea mucho más frecuente, no inhibe la capacidad del Estado de tener argumentos para poder incidir en la regulación de un producto.”<sup>61</sup>

Nos encontramos entonces frente a una situación jurídica problemática. Esta situación provoca un estado de “enfriamiento regulatorio” que coloca al Estado en una disyuntiva sin salida aparente:

*“Si bien los laudos arbitrales no son homogéneos –lo cual se agrava por el hecho de que no existe un mecanismo institucional de unificación de la jurisprudencia arbitral (Van Harten, 2006)-, sí se puede observar una tendencia general a aceptar interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores, y en materia de expropiaciones esto se puede visualizar notoriamente. Una de las mayores preocupaciones que genera tal tendencia es que esa mayor rigurosidad en el juzgamiento de la expropiación indirecta puede producir como efecto el llamado enfriamiento regulatorio (Waincymer, 2009) 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 puedan sobrevenir (Rose-Ackerman y Rossi, 2000).”<sup>62</sup>*

De esta forma se acaba asegurando el derecho internacional de las inversiones en desmedro de los derechos de los usuarios a una mejor y mayor regulación, como también la progresividad de un mayor y mejor alcance de los derechos humanos en cuanto al acceso al agua potable para aquellos que no lo tienen, a un nivel de vida adecuado, a una mejor salud, alimentación, vivienda, etc.

Coincidimos en que: *“resulta imposible llegar a la conclusión de que el Estado sea totalmente sustraído de competencias respecto de la regulación del agua y que el agua puede ser un bien totalmente mercantilizable... (...) los RRNN tienen determinadas características que en general no la tienen la inmensa mayoría de los productos mercantilizables: la escasez, la finitud, la distribución bastante inequitativa por el mundo. (...) pero lo que esté en el comercio tendrá que poder chequear determinada lista de requisitos. Y además de la que esté en el comercio, el Estado tendrá que podérselas ingeniar para que en la medida que el agua es crucial y los ciudadanos, los hombres y las mujeres del mundo tenemos derecho al agua, podamos acceder al agua aun cuando no estemos en condiciones de poder llegar al agua del mercado.”<sup>63</sup>*

Según hemos analizado, para el caso del derecho argentino, el agua es considerada como perteneciente al dominio público, lo cual supone que en ningún caso el agua potable está dentro del comercio. *“Al no encontrarse en el comercio, el agua se supone de utilización general y de uso gratuito, más allá de que se deban pagar cánones como consecuencia de la necesidad de abonar trabajos de mantenimiento de acequias y canales”<sup>64</sup>* además de lo que incumbe al propio proceso de potabilización y distribución. Más allá de ello coincidimos, tal como lo analizáramos en el Capítulo 3, en que: *“sacar las aguas del ámbito público y privado para incorporarlas sin distinción, a un mercado de aguas es una nueva manera de afectar la*

---

<sup>61</sup> Entrevista a Mónica Pinto, 27/06/2011.

<sup>62</sup> Bohoslavsky, Op. Cit., 2010: 37.

<sup>63</sup> Entrevista a Mónica Pinto, 27/06/2011.

<sup>64</sup> Pigretti, Et. Al., Op. Cit., 2010: 26.

*distribución de la riqueza. El traspaso de los recursos del uso general del agua a una noción de mercados del agua significa –a nuestro criterio- una fuerte concentración de riqueza en quienes tengan también al tiempo en que dicha circunstancia se produzca, concentrados capitales económicos y financieros, para aplicar al caso.”*<sup>65</sup>

Creemos que se está llegando a un punto en donde el riesgo de continuar con esta asimetría jurídica puede conllevar a resultados muy alejados de la seguridad y previsibilidad que se pretende del derecho como disciplina científica. El resultado podría ser una ruptura de ciertos regímenes autónomos respecto del derecho internacional general, con sistemas de resolución de conflictos propios, normas propias, reglas propias, y un lenguaje propio y autorreferencial, alejándose de toda relación con el derecho internacional genérico o con otros regímenes que imponen obligaciones de mayor jerarquía dentro del derecho internacional.

## 6. Conclusiones

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, 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>66</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>67</sup>

Tal como sostiene el Prof. 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>68</sup>

---

<sup>65</sup> Ibidem, 2010: 26.

<sup>66</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>67</sup> Hernández Zubizarreta, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, 2009b: 665, 667.

<sup>68</sup> Petersmann, Op. Cit., 2009: 12.



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 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 sombra en el que se encuentran sus negociaciones –la Ronda de Doha–, iniciadas en 2001 y convertidas en la ronda de negociaciones más larga de la que se tenga memoria. Pero este punto no es materia de este trabajo.

Sí lo es el constatar que, 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>69</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.

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>70</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>71</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 *ius 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>72</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.

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

---

<sup>69</sup> Ibidem, pág. 13.

<sup>70</sup> Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 1943: 53.

<sup>71</sup> Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, 1946: 75-78, 48-54.

<sup>72</sup> Kelsen, Op. Cit., 1943: 125-126.

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 desarrollados 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>73</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 las ETN 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.

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.<sup>74</sup> 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

---

<sup>73</sup> Thielbörger, Op. Cit., 2009: 491.

<sup>74</sup> Pipan, Op. Cit., 2006: 22.

distintos poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial-.<sup>75</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.

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta, Madrid, 2004).
- Barlow, Maude (2007): *Blue Covenant. The global water crisis and the coming battle for the right to water* (The New Press, Nueva York, 2007).
- Biagi, Marta (2011): “La representación social del agua en las culturas urbanas de la Argentina”, en Capaldo, Griselda: *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and sustainable management of water*, (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011).
- 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): *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, Santiago de Chile, 2010).
- 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).
- Castro, José Esteban (2009): “Apuntes sobre el proceso de mercantilización del agua: un examen de la privatización en perspectiva histórica”, en Delclós, Jaime (comp.): *Agua, un derecho y no una mercancía. Propuestas de la sociedad civil para un modelo público de agua* (Icaria, Barcelona, 2009).
- CDI – 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).
- CIADI (2000a): Aguas del Tunari S.A. c/ Bolivia s/ Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado (caso CIADI Nro. ARB/02/3). Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTBOLIVIA/INSPANISH/Resources/aguasdelunari.pdf> (consultado en agosto 2011).
- CIADI (2000b): Compañía Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c/ República Argentina s/ Laudo de fondo (caso CIADI Nro. ARB/97/3). Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC548\\_Sp&caseId=C159](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC548_Sp&caseId=C159) (consultado en agosto 2011).

---

<sup>75</sup> Razzaque, Jona, “Public participation in wáter governance”, en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, Op. Cit., 2008: 355. Declós, Jaime y Ayats: “La gestión pública con participación y control social: Hacia el derecho humano al agua”, en Declós, Jaime., Op. Cit., 2009: 144-150.

- CIADI (2002): Compañía Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c/ República Argentina s/ Decisión sobre anulación del laudo (caso CIADI Nro. ARB/97/3). Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC552\\_Sp&caseId=C159](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC552_Sp&caseId=C159) (consultado en agosto 2011).
- CIADI (2005a): Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A.c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae* (caso CIADI Nro. ARB/03/19). Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC516\\_Sp&caseId=C19](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC516_Sp&caseId=C19) (consultado en agosto 2011).
- CIADI (2006a): Azurix Corp. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo (caso CIADI Nro. ARB/01/12). Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507\\_Sp&caseId=C5](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caseId=C5) (consultado en agosto 2011).
- CIADI (2006b): 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 s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae* (caso CIADI Nro. ARB/03/17). Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512\\_Sp&caseId=C18](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18) (consultado en agosto 2011).
- CIADI (2007a): Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae* (caso CIADI Nro. ARB/03/19). Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519\\_Sp&caseId=C19](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caseId=C19) (consultado en agosto 2011).
- CIADI (2008), Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, 2008. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1589\\_En&caseId=C67](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1589_En&caseId=C67) (consultado en junio 2012).
- CIADI (2014): *Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2014-1)* (CIADI, Washington, 2014).
- Declós, Jaume y Ayats: “La gestión pública con participación y control social: Hacia el derecho humano al agua”, en Declós, Jaume.: *Agua, un derecho y no una mercancía* (Icaria, Barcelona, 2009).
- 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).
- Dupuy, Piere-Mary; Francioni, Francesco y Petersmann, Ernst-Ulrich (2009): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University, Nueva York, 2009).
- Echaide, Javier (2011): “¿Un mercado para los bienes comunes? Inclusión y liberalización del agua como mercancía de la OMC”, en Capaldo, Griselda (ed.): *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua – Governance and Sustainable Management of Water* (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011).
- Echaide, Javier (2013): *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones – Tesis Doctoral* (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013).

- 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.escr-net.org/resources\\_more/resources\\_more\\_show.htm?doc\\_id=428718&parent\\_id=425976](http://www.escr-net.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/www/Programs/Right\\_to\\_Water/Pdf\\_doct/Guidelines\\_Spanish.pdf](http://www.worldwaterforum5.org/fileadmin/www/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 (2009a): “¿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* (Icaria, Barcelona, 2009).
- Hernández Zubizarreta, Juan (2009b): *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa* (Hegoa – Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009).
- Hernández Zubizarreta, Juan (2011): “Un nuevo derecho corporativo transnacional. El carácter feudal de los ordenamientos jurídicos globales”, en Capaldo, Griselda (ed.): *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua – Governance and Sustainable Management of Water* (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011).
- Hirsch, Moshe, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, en Dupuy, P.M. et al., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University, Nueva York, 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).
- Nikken, P. (2009): “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en Dupuy, Piere-Mary; Francioni, Francesco y Petersmann, Ernst-Ulrich (2009): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University, Nueva York, 2009).
- North, Douglas C. (2009): *Institutions, institutional change and economic performance* (Cambridge University Press, New York, 2009).
- Nowak, Manfred (2009): *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos humanos* (Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2009).
- Peredo, Elizabeth (2010): “The Human Right to Water and Sanitation at the UN: Victory and Challenges for the peoples of the world”, en Peredo, Elizabeth (comp.): *The Human*

*Right to Water and Sanitation at the UN: Victory and Challenges for the peoples of the world* (Fundación Solón, La Paz, 2010).

- 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).
- Pigretti, Eduardo; Bellorio Cabot, Dino y Cavalli, Luis (2010): *Derecho Ambiental de Aguas* (Lajouane, Buenos Aires, 2010).
- 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).
- 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).
- Reiner, C. & Schreuer, C. (2009): "Human Rights and International Investment Arbitration", en Dupuy, Pierre-Mary; Francioni, Francesco y Petersmann, Ernst-Ulrich (2009): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University, Nueva York, 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).
- San Martín Sánchez de Muniáin, Laura (2000): *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos* (Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000).
- 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).
- Sousa Santos, Boaventura de (1998): *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (Universidad Nacional de Colombia & ILSA, Bogotá, 1998).
- 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).