DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE **DERECHO**

CENTRO DE **INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**

Av. Universitaria 1801
Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626200, anexos 4930 y 4901
http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/
https:/www.facebook.com/CICAJ.PUCP

Las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas se realizaron en la ciudad de Lima, los días 15 y 16 de setiembre del 2016, gracias a la iniciativa del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) y el Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables (INTE), y fueron el escenario donde expertos nacionales e internacionales reflexionaron sobre los vínculos entre el derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo, con especial énfasis en los avances y los desafíos para la protección del derecho humano al agua.

Este volumen compila artículos arbitrados que fueron presentados en las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas. Están organizados en tres secciones: «Derecho humano al agua, inversiones y derecho administrativo», «Conflictos por el agua y arbitrajes internacionales» y «Evolución y propuestas». Esperamos que este libro contribuya a la reflexión sobre la relación entre el derecho humano al agua y el derecho de las inversiones desde una perspectiva de gestión del agua más equitativa, eficiente y sostenible.

CO-ORGANIZADOR

EL DERECHO HUMANO AL AGUA, EL DERECHO DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO
CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

ARMANDO GUEVARA GIL / PATRICIA URTEAGA / FRIDA SEGURA
EDITORES



EL DERECHO HUMANO AL AGUA, EL DERECHO DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

EDITORES
ARMANDO GUEVARA GIL
PATRICIA URTEAGA
FRIDA SEGURA

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE **DERECHO**
CENTRO DE **INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**
INTE-PUCP INSTITUTO DE CIENCIAS DE LA NATURALEZA, TERRITORIO Y ENERGÍAS RENOVABLES
ESCUELA DE **POSGRADO**
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO
MAESTRÍA EN GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS

El Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y el Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables (INTE), también de la PUCP, tienen el agrado de presentar a la comunidad académica y al público interesado el libro de actas de las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas (2016) «El Derecho Humano al Agua, el Derecho de las Inversiones y el Derecho Administrativo». Desde una perspectiva comparada e interdisciplinaria, este trabajo presenta los avances y desafíos para la protección del derecho humano al agua en el marco del derecho de las inversiones.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA, EL DERECHO DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

EL DERECHO HUMANO AL AGUA, EL DERECHO DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

EDITORES
ARMANDO GUEVARA GIL
PATRICIA URTEAGA CROVETTO
FRIDA SEGURA URRUNAGA

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE **DERECHO**

CENTRO DE **INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**

INSTITUTO DE CIENCIAS DE LA **NATURALEZA, TERRITORIO Y ENERGÍAS RENOVABLES**

ESCUELA DE **POSGRADO**
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO
MAESTRÍA EN GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS

100 años PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD
Guillermo Boza Pró

Directora del CICAJ-DAD
Patricia Urteaga Crovetto

Comité Asesor del CICAJ
César Landa Arroyo
David Lovatón Palacios
Rómulo Morales Hervias
Elizabeth Salmón Gárate
Abraham Siles Vallejos
Eduardo Sotelo Castañeda

Equipo de Trabajo
Frida Segura Urrunaga
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Mayra Sánchez Hinojosa
Enzo Dunayevich Morales

El derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo
Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas
Armando Guevara Gil, Patricia Urteaga y Frida Segura | Editores

Fotografía de cubierta: Armando Guevara Gil
Primera edición: junio 2017
Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/

Corrección de estilo: Carlos Ramos Lozano y Takeshi Kihara Falcón

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156-164, Lima 5-Perú
Teléfonos: (51-1) 424-8104 / 332-3229
tareagrafica@tareagrafica.com
Junio 2017

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º XXXXXXX
ISBN: XXXXXXX

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN
Armando Guevara Gil, Patricia Urteaga Crovetto y Frida Segura Urrunaga 9

COMENTARIOS AL LIBRO *EL ESTADO FRENTE A LOS CONFLICTOS POR EL AGUA*
Augusto Castro Carpio 17

PRIMERA SECCIÓN: DERECHO HUMANO AL AGUA, INVERSIONES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho internacional de aguas y su complementariedad con el derecho de los derechos humanos y el derecho de las inversiones
Mauricio Pinto 27

El lugar de los derechos humanos en el derecho de inversiones, con especial atención al derecho al agua: alternativa entre sectorialización y fragmentación del ordenamiento jurídico internacional
Sergio Salinas Alcega 49

Derecho administrativo y arbitraje en el derecho de inversiones
Antonio Embid Irujo 79

SEGUNDA SECCIÓN: CONFLICTOS POR EL AGUA Y ARBITRAJES INTERNACIONALES

Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y las obligaciones estatales frente al derecho humano al agua y saneamiento (DHAS)
Liber Martin, Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky 101

El arbitraje internacional en temas del agua
Yenny Vega Cárdenas 123

El derecho al agua y el derecho a las inversiones: perspectivas
Mónica Marcela Andino 137

Los conflictos por el agua en el CIADI
Juan Bautista Justo 157

Reflexiones sobre la experiencia peruana en el CIADI
Víctor Saco Chung 187

TERCERA SECCIÓN: EVOLUCIÓN Y PROPUESTAS

El derecho humano al agua: apuntes sobre avances recientes en mecanismos internacionales de derechos humanos
Cristina Blanco Vizarreta 205

Derecho humano al agua en Chile: legislación vigente, proyectos de reforma y jurisprudencia
Daniela Rivera 227

Los desafíos de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento en el Perú
Francisco Dumler Cuya 245

International Economic Law Might Improve Water Governance in Peru
Christian Häberli 265

CONCLUSIONES
Patricia Urteaga Crovetto 291

ANEXO: PERFIL Y PROGRAMA DE LAS CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS 299

COLABORADORES 307

PRESENTACIÓN

*Armando Guevara Gil**
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

*Patricia Urteaga Crovetto***
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

Frida Segura Urrunaga
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

En materia económica, la globalización ha generado el desarrollo exponencial del derecho internacional de las inversiones y, en el ámbito de los derechos fundamentales, la expansión del derecho internacional de los derechos humanos. Ambos procesos se grafican en el incremento de los tratados, cortes e instituciones, supra e internacionales, dedicados a la defensa, promoción y expansión de sus respectivas esferas normativas. Sujeto a ambas dinámicas, el Estado-Nación decimonónico se ha visto en la necesidad de renegociar su soberanía y recrear su papel como un ente regulador de la economía y garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Para ello, ha tenido que rediseñar sus normas e instituciones, entre ellas las del derecho administrativo. En el plano jurídico interno, por ejemplo, la inversión extranjera está regulada por normas públicas y contratos, mientras que una marcada tendencia hacia la constitucionalización del derecho transforma a los derechos fundamentales en el eje de las normas y políticas estatales. Mientras tanto, en el plano internacional las inversiones están protegidas por una maraña de tratados internacionales (*spaghetti bowl*) que limitan el *poder de policía* de los Estados que las reciben, a la par que los tratados y la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos procuran consagrarlos progresiva y universalmente.

Las tensiones entre estos diferentes regímenes se expresan claramente en la apropiación, gestión, uso y disfrute de los recursos naturales. Por ejemplo, los servicios de agua y saneamiento, la construcción y explotación de infraestructura hidráulica, el transporte fluvial de combustible, el uso de agua para la agroexportación, minería o piscicultura, y algo tan cotidiano como la venta de agua embotellada, ejemplifican cómo los recursos hídricos son susceptibles de diferentes marcos normativos, generalmente contradictorios entre sí.

* http://pucp.academia.edu/ArmandoGuevaraGil
** http://pucp.academia.edu/PUrteaga

Las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas que se celebraron en Lima el 15 y 16 de setiembre de 2016 tuvieron como objetivo, precisamente, promover el debate académico sobre la relación entre el derecho internacional de las inversiones, el derecho administrativo y la vigencia del derecho humano al agua desde una perspectiva comparativa e interdisciplinaria. Para ello, se organizaron cinco mesas de trabajo.

La primera estuvo dedicada a estudiar el proceso de fragmentación del derecho internacional, sobre todo en relación con el derecho humano al agua y a la promoción de las inversiones. Como es evidente, la mayoría de los países de la región se encuentran sometidos al mismo tiempo a dos conjuntos de reglas internacionales que los condicionan. El primero tiene por objeto proteger a los inversores extranjeros y se sustenta en la amplia red de tratados bilaterales de inversión (TBIs) amparados en la convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) aprobada en 1965. El segundo se orienta a la protección de los derechos humanos y tiene su anclaje regional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, instrumento que se complementa en la mayoría de los países con el sometimiento al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, de especial interés para esta temática. La sujeción simultánea a estos marcos genera con frecuencia un dilema que se vuelve tangible cuando los Estados, al utilizar su *poder de policía*, se ven sometidos a reclamos desde los dos frentes: o se los responsabiliza por no adoptar las medidas que le exigen los pactos de derechos humanos, o incurren en responsabilidad al adoptar esas medidas y afectar los intereses de los inversores. De ahí que consideramos necesario reflexionar sobre las tensiones generadas en la arena del derecho internacional por la aplicación de medidas legislativas o administrativas nacionales. Lo más recomendable, pero a la vez distante, sería elaborar criterios claros y previsibles de modulación y armonización de ambos sistemas normativos.

La segunda mesa de trabajo prestó atención al impacto del Derecho Internacional de las Inversiones en el Derecho Administrativo de Aguas en América Latina. Como se aprecia en la región, las normas y las decisiones de los tribunales internacionales y arbitrales pueden llegar a cristalizarse en sanciones a los Estados que, al emplear sus facultades regulatorias, afectan los derechos y expectativas económicas de los inversionistas extranjeros. Incluso esas instancias externas pueden llegar a ordenar cambios en las decisiones de la administración nacional. Semejante potestad ha adquirido particular relieve en las regulaciones y actividades del sector Agua y Saneamiento, tal como lo señalaron los expositores y comentaristas de nuestras jornadas.

Para ampliar la discusión sobre esta temática, la tercera sesión versó sobre la resolución de conflictos por el agua en los foros internacionales. En efecto, las disputas por el recurso son cada vez más importantes e intensas. Así, el agua puede ser objeto de usos rivales entre distintos usuarios; la demanda se ha potenciado por el crecimiento de la población y un mayor consumo impuesto por las pautas contemporáneas de calidad de vida; la presión antrópica sobre las cuencas

y sus fuentes de agua es cada vez mayor; y el cambio climático está generando alteraciones dramáticas en la disponibilidad de agua. En el ámbito internacional, esta conflictividad se ha incrementado notablemente, al punto que el número y complejidad de los litigios es cada vez mayor. En la Corte Internacional de Justicia esta tendencia se grafica en el número de casos sobre aguas y en las resoluciones que exceden la disputa soberana y repercuten en el acceso al recurso de las poblaciones y en la preservación del entorno en que se encuentran. A su vez, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han avanzado en concepciones de la dignidad humana que trazan nuevos vínculos entre el agua y los pueblos del continente. Este paradigma tutelar, a su vez, contrasta con los desarrollos en materia de inversiones extranjeras, donde las soluciones arbitrales se centran en valores de corte económico.

Por eso, la cuarta mesa estuvo dedicada a explorar la tensión entre el régimen de protección de las inversiones y el derecho humano al agua. La jurisprudencia nacional e internacional y los laudos arbitrales de la última década grafican la gran brecha entre ambos, en particular entre la concepción economicista del agua implícita en el primero y el contenido humanista y solidario del segundo. Dada su importancia, la violación del derecho humano al agua puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, pero también cabe preguntarse por los alcances de la responsabilidad de los agentes económicos involucrados en su gestión, sean estos prestatarios de los servicios o sindicatos financieros. Aquí es donde surgen una serie de dilemas: cómo balancear los derechos que los regímenes de protección y promoción de las inversiones establecen con las obligaciones impuestas por el reconocimiento del derecho humano al agua; cuánto y cómo pueden los tratados de promoción de inversiones afectar el poder regulatorio de los Estados en el campo del agua y saneamiento; cómo procesar y armonizar los mandatos contradictorios que provienen de ordenamientos fragmentados y jurisdicciones diversas.

Ante los retos y dilemas que presenta esta problemática, la última mesa de trabajo analizó la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento en el Perú (Ley n.º 30045)[1] a la luz de la gran deuda que tiene el Estado peruano con su población en materia de derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en relación al derecho humano al agua. Es necesario destacar que esta ley ha establecido un marco normativo que fomenta el acceso universal al agua potable y saneamiento, y procura mejorar la administración de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS). No obstante, contiene aspectos medulares que continúan generando polémica, entre ellos, la creación del Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS), el Régimen de Apoyo Transitorio promovido por esta última entidad y la promoción de asociaciones público-privadas en obras y/o servicios de agua y saneamiento. Es evidente que todavía es prematuro evaluar la vida social de la norma, pero sí fue posible

1 Modificada por el D.L. 1280 de 2016, aprobado con fecha posterior a la elaboración de este documento.

reflexionar sobre su posible impacto en la vigencia del derecho humano al agua gracias a la perspectiva comparada que se empleó.

Se trató, en síntesis, de establecer un foro académico para debatir sobre las inversiones, el *poder de policía* y el derecho humano al agua. El modelo económico y social hegemónico plantea que es posible articular la satisfacción del derecho humano al agua con un ordenamiento jurídico y administrativo que fomenta el desarrollo de inversiones rentables y de largo plazo. Es evidente que la inversión en proyectos de agua y saneamiento e infraestructura hidráulica exige la colaboración entre el Estado y el sector privado, nacional o internacional, pero hace falta enfatizar que esa colaboración debe tener como eje conceptual la vigencia del derecho humano al agua en toda su extensión e intensidad. El análisis de estos tres vértices de los proyectos y desarrollos hidráulicos —regulación de inversiones, derecho humano al agua y el derecho administrativo de aguas—, a la luz de la experiencia internacional, es imprescindible para orientar adecuadamente las normas y políticas nacionales.

El libro que tenemos el agrado de ofrecer al público interesado recoge los estudios y reflexiones debatidos en las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas. En la primera sección se analiza, por ejemplo, la tensión que se produjo entre las normas jurídicas de protección de las inversiones extranjeras y el derecho internacional de los derechos humanos a raíz de un caso argentino. En efecto, en el año 2006 la República Argentina fue demandada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por un consorcio formado por las empresas Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. y AWG Group Ltd. Luego de trece años de operar una concesión para el servicio de agua potable y desagüe en el Área Metropolitana de Buenos Aires, el Estado argentino decidió resolver el contrato de concesión debido a que el operador incumplió los compromisos de expansión de infraestructura y no satisfizo los niveles de calidad del agua potable pese a que se benefició con sucesivos aumentos tarifarios desde el inicio de la operación (1993). De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 303/2006, el Estado argentino señaló que la empresa «concibe al agua potable exclusivamente desde una perspectiva de economía de mercado, [mientras] el Estado pretende que, sin perjuicio de constituir un bien económico, sea valorado y gestionado como lo que es: un bien social y cultural, que en clave jurídica se traduce como Derecho Humano». Aunque el Estado argentino sustentó su decisión de resolver el contrato de concesión en la defensa del derecho humano al agua de sus ciudadanos, en abril de 2015 el CIADI dispuso que Argentina debía pagar una indemnización al consorcio. En mayo de 2017 ratificó su decisión y falló a favor de las empresas demandantes una indemnización por un monto superior a los 380 millones de dólares estadounidenses.

Como se puede apreciar, las disputas producidas entre Estados e inversores extranjeros, cuyo eje es la prestación de servicios de agua y saneamiento, grafican el conflicto entre los dos conjuntos de reglas internacionales que hemos mencionado. Mientras uno tiene por objeto proteger a los inversores extranjeros, el otro se orienta a la protección de los derechos humanos. La sujeción simultánea a estos regímenes genera con frecuencia un dilema a los Estados, que se vuelve tangible cuando se ven sometidos a reclamos desde los dos frentes: o bien se los responsabiliza por no adop-

tar las medidas que le exigen los pactos de derechos humanos, o bien por adoptar esas medidas y afectar con ello los intereses de los inversores. Lo ideal, por cierto, sería superar la fragmentación del Derecho Internacional y desarrollar criterios claros y previsibles para modular las relaciones entre ambas esferas normativas.

Sin embargo, es un hecho que la liberalización económica y los procesos de privatización impulsados por las instituciones financieras internacionales (IFIs) durante la década de 1990 agudizaron las colisiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el de protección de las inversiones. Si bien el ritmo de las inversiones ha disminuido, y con ello los conflictos, el modelo no ha sufrido transformaciones sustantivas. La OMS y UNICEF estiman que en América Latina, hasta el año 2015, existía un mercado potencial de US$15 000 millones para la construcción de infraestructura de agua y saneamiento para atender a más de 100 millones de personas (Sparkman y Sturzenegger, 2016, p. 4). El drama cotidiano que estos montos implican debería ser superado planteando un marco supranormativo que contribuya a superar la fragmentación del derecho internacional y lograr un balance entre los derechos humanos de la población y los derechos y legítimas expectativas de retorno de los inversores.

Por eso, para los gestores y estudiosos de los proyectos de agua y saneamiento que requieren de inversión extranjera es imperativo evaluar las experiencias y perspectivas de manera comparada y prestando atención a los marcos regulatorios, nacionales e internacionales, que están en juego. Por ejemplo, el sistema jurídico de protección de las inversiones no escapa al principio que determina la nulidad de los actos que contradigan las normas con categoría de *ius cogens*, entre las que se encuentran las de protección de los derechos humanos (Pinto). Como el derecho al agua pertenece a esta categoría, los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones y los contratos con los inversores deberían contemplar las obligaciones de tutela de este derecho que le corresponden al Estado (Salinas). Por eso, no hay razón para descartar al arbitraje como un proceso en el que también deben reconocerse estas obligaciones estatales. Este permite la aplicación del derecho interno de los Estados y, por lo tanto, implica la inclusión de normas de derechos humanos que forman parte del derecho interno y de las obligaciones internacionales de los Estados (Embid).

De ello se sigue que es necesario proponer cambios en la interpretación que se da a los tratados bilaterales, tanto en sus contenidos contractuales como en la cascada de reglamentos y políticas públicas que se trazan para regular la relación entre Estados e inversores. Por eso se propone priorizar una interpretación de los tratados que lleve a los tribunales arbitrarles a reconocer que si bien los Estados están prohibidos de cometer abusos contra los inversores, esto no supone que no se puedan alterar las condiciones jurídicas con las que operan cuando el interés público lo demande (Martin, Justo y Bohoslavsky). Otro cambio importante está relacionado a los lentos pero significativos avances en materia de las nuevas reglas de transparencia dispuestas para los tribunales arbitrales en los tratados bilaterales de inversión (TBIs) por presión de los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil (Vega). En cuanto al contenido de los TBIs también se propone la posibilidad de renegociar las cláusulas de los tratados en

ejecución para que se explicite el derecho/obligación del Estado de proteger el interés público en los campos de la salud y el medio ambiente (Andino). Además, en los casos en los que no prospere una renegociación de las cláusulas de los TBIs, se plantea reforzar la argumentación a favor de la primacía de los derechos humanos sobre las inversiones, puesto que los tratados de derechos humanos encarnan los fines del derecho internacional y los TBIs solo constituyen los medios para la consecución de esos fines (Justo). Si aun así no se resuelve la inequidad, subsiste la responsabilidad del Estado de poner en marcha políticas de prevención y monitoreo de los posibles impactos negativos de los tratados de inversión en los derechos de sus ciudadanos (Saco).

Para compensar las presiones de la globalización económica sobre el derecho humano al agua y el derecho administrativo de aguas es necesario promover la consolidación del derecho humano al agua. Los casos de Chile y Perú ilustran los desniveles regionales. Lamentablemente, a pesar de los avances en el reconocimiento formal del derecho humano al agua, la calidad de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento todavía deja mucho que desear (Blanco). Si bien Chile ha logrado niveles óptimos de cobertura, afronta el reto de mejorar las condiciones de acceso al agua en términos de suficiencia, salubridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad (Rivera). En lo que concierne al Perú, por ejemplo, los avances de la empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) para mejorar los servicios mediante asociaciones público-privadas son importantes pero insuficientes debido al alto número de hogares sin cobertura, al elevado consumo de agua y al acelerado crecimiento poblacional (Dumler). Sería ideal que la reciente inclusión del derecho humano al agua en el texto constitucional galvanice los esfuerzos del gobierno para lograr la universalización del disfrute del derecho al agua.

Lo ideal sería que los tratados y acuerdos internacionales de inversión que los Estados suscriben para desarrollar proyectos de agua y saneamiento sean el medio para satisfacer una necesidad humana tan elemental. El problema radica en que las fuerzas de la globalización económica tienden a identificar los medios con los fines. Esta distorsión conduce al congelamiento del poder de policía de los Estados e inclusive a la instrumentalización del Derecho Administrativo de Aguas a favor de los agentes económicos. Para contrarrestar estas tendencias, en el ámbito internacional se están haciendo esfuerzos para vincular el derecho de las inversiones y el derecho ambiental, lo que ha dado lugar a un nuevo tipo de acuerdos internacionales y contratos de inversión que contemplan reglas y principios sociales y ambientales obligatorios, entre los que se encuentran aquellos vinculados al acceso equitativo y uso sostenible del agua (Häberli).

Como se puede apreciar en este volumen, el Perú y la región se enfrentan a la sectorialización y fragmentación del derecho internacional, a la redefinición del derecho administrativo de aguas y al deber inexcusable de los Estados de respetar los derechos humanos de diversas maneras. Esperamos que el examen de estas dinámicas contribuya a la reflexión sobre las relaciones entre el derecho humano al agua y el derecho de las inversiones con el fin de lograr una gestión y provisión del agua más equitativa, eficiente y sostenible.

REFERENCIAS

United Nations Conference on Trade and Development. (2016). World investment report. Investor nationality: policy challenges. United Nations. Recuperado de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf

Sparkman, D. y Sturzenegger, G. (2016). Fomentar los mercados de agua y saneamiento en América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo, One Drop Foundation, Water For People y WaterAid. Recuperado de http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=40526245

COMENTARIOS AL LIBRO *EL ESTADO FRENTE A LOS CONFLICTOS POR EL AGUA*

Augusto Castro Carpio
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

En esta oportunidad, se me ha encargado realizar la presentación del libro *El Estado frente a los conflictos por el agua*[1], fruto de las Terceras Jornadas de Derecho de Aguas que se llevaron a cabo el 27 y 28 de agosto de 2015, y que ha sido editado por los profesores Patricia Urteaga Crovetto, Armando Guevara Gil y Aarón Verona Badajoz.

Este nuevo esfuerzo de los editores expresa una sólida voluntad de visibilizar la importancia que tiene el derecho de aguas para la sociedad contemporánea y muestra que no solo se trata de un interés puramente académico y científico —el de trabajar año a año y de manera sistemática la problemática del agua—, sino de un compromiso profundo con la sociedad. El trabajo desarrollado por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), al llevar adelante las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas, nos indica con claridad la gran importancia del derecho de aguas y la necesidad de comprometernos tanto social como políticamente con la búsqueda de soluciones a la problemática aludida.

Hace un año tuve el privilegio de elaborar una síntesis sobre los trabajos presentados a las Segundas Jornadas de Derecho de Aguas. En esta oportunidad, los colegas del CICAJ Patricia Urteaga, Armando Guevara y Aarón Verona me han pedido que presente el libro de las Terceras Jornadas de Derecho de Aguas. Esto es un gran honor y una seria responsabilidad para quien no es un especialista en derecho. Sea lo que fuere, espero estar a la altura del nuevo desafío que me ha sido planteado. Como es usual en estos asuntos, primero presentaré el libro, y luego haré algunos breves comentarios generales sobre el contenido de los trabajos.

El libro *El Estado frente a los conflictos por el agua* está dividido en cuatro secciones: la primera lleva por título «La experiencia internacional»; la segunda se denomina «La experiencia argentina»; la tercera, trata sobre la «Gestión pública de los conflictos por el agua en el Perú»; y en la cuarta y última sección, se presentan los temas de «Superposición de competencias y propuestas para la gestión integrada de los recursos hídricos». El total de los artículos publicados es de catorce, que han sido convenientemente revisados, tal y como lo sugieren los editores al inicio del libro. Este cuenta con una presentación escrita por los editores Armando

1 Urteaga, P., Guevara, A., y Verona, A. (2016). *El Estado frente a los conflictos por el agua. Terceras Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Guevara Gil y Aarón Verona Badajoz, además de una reflexión sobre el libro *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú* escrita por mi persona, y las conclusiones finales escritas por Patricia Urteaga Crovetto.

En la primera sección, dedicada a la experiencia internacional, se estudian y presentan los casos de España, Canadá y Costa Rica. En el primer trabajo, titulado «Los conflictos sobre las aguas subterráneas en España», de Antonio Embid Irujo (pp. 19-32) se aborda un tema que va en la línea de la publificación completa de las aguas que fuera planteada en la Ley española 29/1985 de Aguas hace treinta años aproximadamente. El tema en referencia es el de las aguas subterráneas y se estudia cómo se ha desarrollado la legislación sobre las aguas en años posteriores.

El balance de Antonio Embid es claro: «Hoy en ciertos lugares de España la situación en relación con la utilización de las aguas subterráneas constituye un problema ambiental de primera clase […]. Y la respuesta debe optar, sin más, entre valores claramente contradictorios: o la pervivencia de las masas de agua subterránea con todo lo que ello significa y de sus ecosistemas asociados […] o su desaparición, en ciertos lugares, a corto o mediano plazo más que pronosticable» y, finalmente, Embid sentencia sobre el tipo de derecho a seguir: «O el derecho de aguas moderno, ambiental, conservacionista e imbuido por principios de sostenibilidad, o el derecho clásico de minas, digamos simplificando la cuestión en términos jurídicos y bien gráficos» (p. 27). Lo que plantea el autor al observar la nueva normativa es considerar que «las aguas son públicas» y que esta novedosa legislación avanza en esa dirección.

El segundo artículo escrito por Yenny Vega Cárdenas, titulado «El Estado frente a los conflictos por el agua: Canadá» (pp. 33-40) plantea algunas reflexiones sumamente interesantes sobre el desarrollo y solución de los conflictos por el agua en este país. La autora señala que, a pesar de la gran disponibilidad de agua, no dejan de existir graves conflictos: unos vinculados a la posible contaminación por la explotación del gas de esquisto, otros por los proyectos de exportación del agua y, finalmente, otros por la privatización de los servicios en la provincia de Quebec. No obstante, el núcleo del trabajo refiere a la constitución de audiencias y consultas públicas para dirimir estos conflictos. En los casos de los conflictos señalados, la consulta pública jugó un papel fundamental al vetar la exportación del agua por su carácter «colectivo y público» y, de la misma manera, se tomó el principio de precaución ante posibles riesgos de contaminación y se recomendó no permitir el desarrollo de la industria del gas de esquisto.

Finalmente, el tercer trabajo de esta primera sección, de Eric Chaves Gómez, lleva por título «El Estado costarricense frente a los conflictos por el agua» (pp. 41-52) y señala cómo el desarrollo urbano, el turismo, la actividad de los sectores agrícolas y los servicios públicos han afectado y afectan el abastecimiento del agua para los habitantes de diversas zonas de Costa Rica. Lo importante del estudio de Chaves es el conjunto de sentencias que ha dado la Sala Constitucional con respecto de estos conflictos en las provincias de Cartago, Limón, Guanacaste, Puntarenas, San José y Alajuela. Todas ellas con el objeto de colocar en el eje del debate jurídico el papel del derecho fundamental que tienen las personas al acce-

so al agua potable. La organización de la sociedad, su desarrollo económico, así como los servicios del Estado no pueden vulnerar el derecho fundamental al agua que tienen los ciudadanos.

La segunda sección, titulada «La experiencia argentina», da cuenta de varios de los conflictos y la normativa que ha surgido a partir de los problemas del agua en el mencionado país. El primer artículo está titulado «Los conflictos por el agua y las enseñanzas de la causa *Mendoza*» (pp. 55-69) y pertenece a Juan Bautista Justo. Este artículo da cuenta de una demanda realizada por Silvia Mendoza y varios residentes de las cuencas de los ríos Matanza-Riachuelo contra el Estado argentino, la Provincia de Buenos Aires y 44 empresas por la contaminación de la cuenca. Lo importante del estudio de Juan Bautista Justo son los aspectos relevantes del fallo de la Corte Suprema de Justicia. Para él, se trata del pase de un paradigma de productividad a un paradigma ambiental. Esto tiene inmensas consecuencias para la comprensión y el abordaje del derecho de aguas. Nos explica lo siguiente: «[…] la protección del medio ambiente nos plantea hoy un modelo articulado basado en bienes colectivos —no susceptibles de propiedad individual—, los derechos de incidencia colectiva, las generaciones futuras —como limitantes directos de las políticas públicas actuales— y el rol protagónico de los jueces en la resolución de los crecientes conflictos […] que su utilización genera» (p. 57).

Naturalmente, esta incorporación de lo ambiental a la cuestión del derecho nos lleva a una revaloración de los antiguos conceptos vinculados a las perspectivas nativas sobre la territorialidad, la identidad, la vida y el espíritu que ciertamente fueron considerados paradigmas superados y atrasados por el espíritu moderno que, por su parte, se ha concentrado en la defensa de la propiedad privada organizada solo para la producción y el comercio de los bienes. En este escenario, el reconocimiento de bienes colectivos significa una superación de los derechos privativos de los particulares sobre las «aguas públicas». Queda, como señala el autor, gracias al fallo en el caso de Silvia Mendoza, «la consagración de la categoría de los bienes colectivos» (p. 62).

El segundo artículo, titulado «Procedimientos de resolución de conflictos planteados por usuarios del agua en Mendoza, Argentina» (pp. 71-86) está escrito por Mónica Marcela Andino del Departamento General de Irrigación de Mendoza (Argentina). En este artículo, Mónica Andino presenta la situación de la provincia de Mendoza y advierte que «presenta tipologías netamente áridas con caudales en sus ríos sumamente escasos y cuencas irrigadas que reciben un promedio de 200 milímetros de precipitaciones por año, con localidades donde la precipitación anual alcanza solo 98 milímetros» (p. 74). Ello exige todo un conjunto de medidas para enfrentar los conflictos por el agua que se suceden en la región. La autora señala que se busca enfrentar los conflictos desde una doble perspectiva: desde la autoridad de la Dirección General de Irrigación expresada en el Honorable Tribunal Administrativo, por un lado, y por el otro, en las inspecciones de cauce o consorcios de usuarios que tienen un alto manejo «directo y democrático» para enfrentar los conflictos. Así, la diversidad de los conflictos es enfrentada tanto por la autoridad administrativa como por los propios usuarios.

El tercer y último artículo, titulado «Los conflictos hídricos en países federales. Teoría y práctica en el caso argentino» (pp. 87-102) fue presentado por el profesor Mauricio Pinto de la Universidad Nacional de Cuyo. El trabajo aborda la problemática de los conflictos en torno al agua en sistemas estatales de carácter federal presentando el caso argentino. Toma en cuenta para su reflexión los rasgos de soberanía que presentaban los estados provinciales, y su dominio sobre los recursos naturales. Esta cuestión es importante porque en muchos de los casos «las aguas bañan más de un territorio provincial» (p. 72) y ello implica «la obligación de preservar el recurso hídrico compartido» y abre un debate sobre las competencias provinciales. La solución a los conflictos obligará, según nuestro autor, a la construcción de pactos interprovinciales basados en la igualdad y en la autonomía. En estos escenarios se debe dejar de lado el uso de la fuerza como medida de solución para superar este tipo de conflictos. En el caso argentino, las quejas existentes deberán ser elevadas a la Corte Suprema Nacional de Justicia. Así, la tutela del derecho ambiental para preservar un bien colectivo como el agua pasa a ser hoy un elemento decisivo en materia jurídica.

La tercera sección abarca el tema de la «Gestión pública de los conflictos por el agua en el Perú» y está conformado por seis trabajos.

En el primer trabajo, titulado «La gestión estatal de los conflictos por el agua» (pp. 105-118) y escrito por Jan Hendriks del Instituto de Promoción para la Gestión del Agua en el Perú, se recoge una serie de materiales provenientes de la Defensoría del Pueblo y de la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros. Hendriks sostiene en su investigación que la mitad de los conflictos sociales, ambientales y comunales tienen como eje la cuestión del agua. El estudio busca, así, una categorización de los conflictos para una mejor comprensión de las características de los mismos. El autor considera, además, que existe un desborde de los conflictos en relación con el agua a pesar de que en algunos informes aparezca una reducción de ellos. La importancia de este estudio radica en que nos muestra de manera cuantitativa el peso de los conflictos socioambientales, y en particular los del agua, en un contexto de dificultades e insuficiencia de la capacidad de gobernanza a nivel local y nacional.

El segundo artículo «¿Desborde de los conflictos por el agua? Una mirada desde la Autoridad Nacional del Agua» (pp. 119-124) de Miriam Morales Córdova, de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), narra el conjunto de principios y de acciones que rigen el papel de esta institución. La ANA ha creado la Unidad de Prevención y Gestión de Conflictos (UPGC) para enfrentar la emergencia de los conflictos y ha elaborado un conjunto de herramientas (*Kit*) que contienen un protocolo de prevención, una guía de consulta y una cartilla de difusión. El trabajo explica cómo estos instrumentos que dispone la Autoridad Nacional del Agua se pueden usar para enfrentar los desafíos que imponen los conflictos por el agua.

El tercer estudio, que lleva por nombre «La experiencia del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua» (pp. 125-140) y está escrito por Iván Ortiz Sánchez, es un esfuerzo por presentar la experiencia —calificada de positiva— del reciente Tribunal Nacional de Resolu-

ción de Controversias Hídricas de la ANA. El artículo presenta de manera detallada los objetivos, las características y el trabajo que ha ido realizando el Tribunal. En el texto se muestran las características de los casos resueltos por el Tribunal y se reflexiona, además, sobre su importancia en la resolución de los conflictos hídricos del país, aunque no se deja de reconocer que aún falta fortalecer al equipo profesional y dotarlo de mayores recursos.

El cuarto artículo, «El desborde del conflicto por la laguna Parón» (pp. 141-157), del profesor Adam French de la Universidad de California de los Estados Unidos, detalla de manera histórica el conflicto suscitado en la laguna Parón entre la empresa estatal Electroperú —que fuera transferida en 1996 a la empresa Duke— y las organizaciones locales tanto estatales (municipios) como sociales y productivas. El autor busca mostrar cómo el conflicto se inició con el desarrollo de políticas neoliberales que no tomaron en cuenta las necesidades de los operadores locales, y que la privatización de esta empresa estatal generó un conflicto de inmensas proporciones. Los acuerdos actuales no han permitido, sin embargo, que el conflicto se resuelva y urge, según el autor, «establecer mecanismos de gobernanza […]» (pp. 152 y ss.) que avancen en propuestas de diálogo y negociación entre los diversos usuarios.

El quinto trabajo, «Los conflictos sociales y el agua. Un informe de la Defensoría del Pueblo» (pp. 159-161) del profesor Iván Lanegra Quispe de la Pontifica Universidad Católica del Perú, es un repaso ordenado de lo que la Defensoría del Perú ha presentado como un informe en materia de «conflictos sociales y recursos hídricos». Lanegra advierte que «los conflictos hídricos aparecen como una cuestión crucial de la agenda del país. A pesar de ello, la institucionalidad pública que podría ayudar a gestionarlos de forma adecuada luce débil» (p. 161). Iván Lanegra considera que todavía estamos a tiempo de corregir nuestras prácticas para enfrentar así los desafíos del cambio climático que ciertamente agudizarán los conflictos por el agua.

El sexto y último trabajo de esta sección dedicada a los conflictos por el agua en el Perú lleva por título «Mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos para la gestión de los conflictos por el agua en el Perú» (pp.163-178) y está escrito por Iván Lucich Larauri y Luis Acosta Sullcahuamán, ambos de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento del Perú. En este artículo, los autores presentan una alternativa que, según ellos, contribuirá a resolver los conflictos en la gestión de los recursos hídricos. Se trata del diseño e implementación del mecanismo de retribución por servicios ecosistémicos (por sus siglas, MRSE). El mecanismo se sustenta en la idea de que «las empresas que brindan el servicio de abastecimiento de agua potable inviertan en conservar y restaurar las fuentes de agua con el propósito de darle confiabilidad al servicio» (p. 166). En buena cuenta se trata de no quedarse solamente en la «gestión de redes», sino en manejar adecuadamente la cadena de suministro del agua. Las experiencias que presenta el texto en lugares como Ayacucho, Cusco, Huancayo, Abancay, Lima y Chachapoyas muestran el importante compromiso económico de los usuarios con el esfuerzo de las empresas por brindar un mejor servicio.

La cuarta y última sección desarrolla los temas de la superposición de competencias y propuestas para la gestión integrada de los recursos hídricos, y contiene dos artículos. El primero, de Laureano de Castillo, lleva por título «La superposición de competencias como obstáculos para la gestión integrada del agua en el Perú» (pp. 181-197), y el segundo texto, titulado «GIRH: de la teoría a la práctica» (pp. 199-208), pertenece a Axel Dourojeanni.

El trabajo de Laureano del Castillo, del Centro Peruano de Estudios Sociales, presenta la superposición de competencias que existen en la gestión de los recursos hídricos. Del Castillo piensa que esta superposición representa un grave obstáculo para la gestión del agua. Esta superposición se desarrolla en tres ámbitos que el autor explicita con bastante amplitud en el texto. La primera, relativa a la superposición de funciones de diversas autoridades; la segunda, relativa a los usos y costumbres que ciertamente se superponen a la cultura de los pueblos; y en tercer lugar, una superposición administrativa de la gestión de cuencas. La propuesta de Laureano del Castillo plantea revisar el modelo vigente del Estado moderno, que tiende a homogeneizar la realidad nacional y a proporcionar soluciones genéricas para todo el país.

El trabajo de Axel Dourojeanni plantea elementos sumamente sugerentes para repensar el papel de la gestión integrada de los recursos hídricos. La primera idea que plantea es la de no confundir el medio con el fin, es decir, confundir la GIRH, que es un medio o instrumento con los objetivos de «contar con agua potable, mitigar los efectos de la sequía o contar con ríos no contaminados» (p. 199). Nos recuerda que el tema de la necesidad de la herramienta GIRH aparece por la presencia humana. La principal idea que quiere resaltar es la de contar con una visión que satisfaga las necesidades de los usuarios. Esa perspectiva debe estar anclada en cada cuenca y en cada sistema de gestión. El trabajo abunda en criterios que deben ser tomados en cuenta para alcanzar los objetivos en los que se enmarca una GIRH.

El trabajo de Axel Dourojeanni hace recomendaciones importantes en el orden de superar lo que considera una falta permanente de rigurosidad y de seriedad en los diseños de las propuestas. En su opinión, este es el problema fundamental del agua, y no precisamente hablar de privatización o de nacionalización.

Luego de concluidos los artículos, Patricia Urteaga presenta las conclusiones (pp. 209-217). La doctora Urteaga revisa todas las secciones y hace interesantes comparaciones y cruces que tienen que ver con distintas temáticas vinculadas a la gestión del agua, al papel del Estado, al punto de vista del derecho de aguas que oscila entre lo público y lo privado, a la participación de la población en la resolución de los conflictos y a la gobernanza ambiental. Una serie de problemas y de temas que los artículos han ido abordando desde sus diversas perspectivas. No niega que hay dificultades y que hay mucho trabajo por hacer en relación al papel del Estado, pero intenta ver luces hacia el futuro en los esfuerzos de nuevos mecanismos como el de la retribución por servicios ecosistémicos y en varias de las propuestas planteadas por Axel Dourojeanni.

Para culminar, deseo señalar algunas ideas que, en mi opinión, son importantes al realizar un balance de lo que se ha ido trabajando en estos años. En los comentarios finales al libro de las Segundas Jornadas, señalamos cuatro ideas que nos parecían importantes en ese momento a raíz de los trabajos presentados en aquella oportunidad y que pensamos que no han perdido vigencia. La primera, la preocupación histórica de nuestros pueblos por el agua; la segunda, lo importante de contar con una cultura del agua; la tercera, la necesidad de definir si el agua puede ser considerada un recurso económico o un derecho fundamental; y, finalmente, que se debería tomar en cuenta el cambio climático en el análisis del agua.

En el nuevo texto, se presentan muchas y novedosas ideas con relación al tema del Estado que tienen que ver, primero, con su normatividad jurídica; segundo, con sus capacidades operativas, de gestión, y de ofrecimiento de servicios de calidad de agua; y, tercero, con su capacidad de enfrentar y prever riesgos y desastres en relación con el tema ambiental.

La primera reflexión de repensar la normatividad jurídica nace de la importancia de considerar el agua como un «bien colectivo». Los temas de aguas subterráneas, el caso de Silvia Mendoza, y los temas interestatales apuntan en esa dirección. La reflexión de lo «colectivo» como distinto a lo privado y a lo estatal merece una reflexión especial, y ello debe llevarse a cabo pensando y reafirmando las antiguas miradas de las tradiciones locales sobre lo colectivo. El agua, en sentido estricto, no sería propiedad del Estado, ni sería de los privados, sería de todos.

La segunda reflexión trata sobre la imperiosa necesidad de trabajar en fortalecer los equipos de gestión para una adecuada GIRH. El diálogo permanente y la voluntad de adaptación deberán acompañar estos esfuerzos de gestión en el entendido de que los problemas son principalmente sociales y humanos, tal y como lo puntualizó Axel Dourojeanni.

La tercera reflexión tiene que ver con no perder de vista los desafíos del cambio climático. El tema crucial en todas las políticas de adaptación al cambio climático es el agua. En los deshielos, en el aumento de la temperatura, en la reducción de los volúmenes de agua, el cambio climático nos lleva a pensar y a organizarnos alrededor de cómo preservar el agua.

PRIMERA SECCIÓN

DERECHO HUMANO AL AGUA, INVERSIONES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DERECHO INTERNACIONAL DE AGUAS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

*Mauricio Pinto**
Universidad Nacional de Cuyo | Argentina

El presente análisis examina las relaciones entre los contenidos de las distintas ramas del derecho internacional que inciden en los conflictos vinculados a los recursos hídricos, considerando las tensiones y complementaciones que se producen entre ellas. Sobre tal base, postula un enfoque armonizador que permite superar indebidas sectorizaciones del régimen, de modo que el derecho internacional de aguas conviva de manera compatible con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y las situaciones que se generan en torno al derecho de las inversiones.

1. Introducción

La paulatina evolución del derecho internacional ha expandido progresivamente su contenido y, a la vez, se ha especificado en diversas regulaciones sectoriales orientadas a materias precisas y diversas, con objetos propios que exigen reglas, procedimientos e incluso principios acordes a las necesidades que busca satisfacer cada porción del ordenamiento. En este contexto, en determinados casos, se individualizan en una entidad propia las normas que estatuyen materias tales como el derecho de las inversiones, el derecho de los derechos humanos u otras especialidades, entre las que se encuentra el derecho internacional de aguas.

Sin embargo, este crecimiento y especialización del derecho internacional ha dado lugar a ciertas preocupaciones en torno a los riesgos que genera su sectorización, la que puede degenerar en una indebida fragmentación. A tal punto está presente este riesgo, que ha sido un aspecto específicamente abordado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas[1].

* http://independent.academia.edu/PintoMauricio

1 La Comisión de Derecho Internacional (2005), a partir de un trabajo preliminar de Gerhard Hafner (2005), incluyó el tema en su programa de trabajo a largo plazo. El aporte de Hafner, que es incluido en el anexo del Anuario, justamente ejemplifica el riesgo de obligaciones internacionales mutuamente excluyentes en relación a los sistemas referidos a derechos humanos, comercio internacional, medio ambiente y desarrollo sustentable, entre otros.

Las tensiones entre el derecho de las inversiones y el propio de los derechos humanos han sido rápidamente advertidas, y han sido objeto de diversos análisis (Echaide, 2014; Bohoslavsky y Justo, 2011; Saulino, 2011), en los que, de manera crítica, se pone de manifiesto una tendencia, en ciertos foros, hacia la resolución de los conflictos de manera estanca, aplicando el régimen de inversiones a costa de otras normas, como las propias de los derechos humanos.

En este trabajo se propone revisar las relaciones y vínculos que también puedan existir entre esos dos sectores usualmente analizados, el derecho de los derechos humanos y el derecho de las inversiones, y el derecho internacional de aguas, atendiendo a la influencia que cada uno de esos subsectores del régimen internacional deba ejercer al considerarse las posibles soluciones frente a un conflicto hídrico.

2. Los conflictos sobre aguas en los foros internacionales

Los conflictos en los foros internacionales vinculados al recurso hídrico se han planteado en correlación con los mecanismos sectoriales que ha generado cada especialidad dentro del derecho internacional. En torno a los derechos humanos, los conflictos han sido encauzados a partir de un régimen específico que se generó luego de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. Este régimen, ha sido acompañado de mecanismos jurisdiccionales específicos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o, entre otros, su similar europea; además de otros órganos de seguimiento que realizan informes diversos sobre el grado de cumplimiento de los pactos existentes, como la Comisión (luego Consejo) de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de Naciones Unidas. Así, dentro de ese sistema, las necesidades propias de los hombres que se vinculan al acceso al agua se han configurado, contemporáneamente, a partir del denominado «derecho al agua» como categoría jurídica reconocida en diversas normas, declaraciones y pronunciamientos de órganos con competencia en la materia[2].

El derecho de las inversiones también se ha producido como un régimen particular que creció desde mediados del siglo XX, y, de la misma manera, fue acompañado por la creación de mecanismos específicos para la solución de disputas,

2 Entre otros diversos ejemplos existentes en el sistema, el derecho humano al agua ha sido referido de manera expresa como fundamento de diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. República del Paraguay (2005, párr. 167); caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. República del Paraguay (2010, párr. 195); caso Vélez Loor vs. Panamá (2010, parágrafo 215); caso Suárez Peralta vs. Ecuador (2013, párrs. 50 y 75). La Corte Europea de Derechos Humanos (1988) también ha considerado el acceso al agua en el caso Zander vs. Reino de Suecia, Aplicación n.º 14282/88 (1988), en el que entendió que el derecho a usar agua de un pozo para la bebida es una cuestión tutelable. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2003a y 2003b) ha referido incumplimientos al derecho al agua en sus observaciones a los informes de los Estados partes del Pacto de DESC; por ejemplo, en los párrs. 25 y 41 de las observaciones finales al Segundo Informe Periódico del Estado de Israel sobre la implementación del Pacto, de 26 de junio de 2003, o en el párr. 9 de las observaciones finales al Segundo Informe Periódico del Estado de Nueva Zelanda sobre la implementación del Pacto, de 23 de mayo de 2003.

generalmente a través de tribunales arbitrales convocados *ad hoc*, como los que se conforman en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. Estos conflictos no refieren en forma directa a los recursos hídricos, sino a inversiones extranjeras que se consideran violentadas por el actuar estatal, pero pueden tener una fuerte incidencia sobre tales recursos y diversos derechos vinculados a los mismos, en la medida en que las inversiones que se buscan tutelar tengan al agua dentro de su objeto[3].

Finalmente, el derecho internacional de aguas contiene el conjunto de principios y reglas que tienden a conciliar los intereses de los Estados ribereños en los cursos de agua internacionales, y que parte de la afirmación de la igualdad de derechos y obligaciones de los mismos y del principio de la inexistencia de una prioridad inherente de usos (González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María, 1998, p. 671). Los conflictos en esta materia, además de la resolución diplomática, muchas veces tienen su previsión procesal ante tribunales arbitrales o cortes jurisdiccionales (como la Corte Internacional de Justicia).

3. La evolución del derecho de aguas en torno a los conflictos internacionales

El derecho internacional de aguas ha evolucionado de la mano de los intereses de los Estados en torno a los cursos de aguas transfronterizos. Aunque existen antecedentes en la materia desde muy antiguo, se configuró como un cuerpo de normas con cierta entidad dogmática a partir del siglo XVII, y cobró gran vigencia e importancia en la época napoleónica y postnapoleónica, con su eje inicial en la regulación de las relaciones sobre navegabilidad (Asín, 2002, p. 115). Con la llegada del siglo XX se comenzó a buscar criterios para determinar derechos y obligaciones en cuanto al uso de las aguas más allá de la navegación (Querol, 2003, p. 13). En esa búsqueda, se ensayaron diversas teorías que postulaban soluciones diferentes a partir de conceptos de soberanía absolutos o relativos.

Entre las teorías más absolutas primaba la idea de una soberanía sin condicionamientos, que desconoce cualquier interés que pudieran presentar los restantes Estados ribereños mientras el recurso hídrico discurría en uno de ellos. En este grupo se encuentra la célebre doctrina Harmon, postulada por el Procurador General norteamericano en 1895 ante una disputa entre su país y México con motivo del uso de las aguas del Río Grande, que sostiene una soberanía absoluta sobre el

3 Este planteamiento ha sido expuesto defensivamente en algunos casos sustanciados ante el CIADI, en los que se observó el conflicto entre el desarrollo de la inversión y el respeto de los derechos humanos de las poblaciones, pero el Tribunal Arbitral hasta ahora ha evitado analizar la implicancia que las normas sobre derechos humanos presentaban sobre la resolución de tales casos, lo que desplaza una consideración armónica del derecho internacional por una aplicación fragmentada *ratione materiae.* Esta situación puede observarse en los procesos que se sustancian en los casos Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República de Argentina, CIADI n.º ARB/03/19 (2007) y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República de Argentina, CIADI n.º ARB/03/17 (2006), en los que incluso el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ha resuelto en relación a la participación en calidad de *amicus curiae* de interesados vinculados a la defensa de tales derechos.

curso de agua mientras discurría por el territorio norteamericano, de modo que podía ser utilizado sin atender los intereses del Estado aguas abajo. También se encuentra en este grupo la doctrina de la integridad territorial absoluta, similar a la primera, pero diametralmente opuesta en lo que respecta a los intereses de los Estados aguas abajo, pues plantea que el curso de agua es un accidente natural que es parte del territorio de cada Estado, de modo que los Estados que se encuentran aguas arriba no pueden utilizar un curso de agua si esto afecta de alguna manera el volumen o la calidad de las aguas del curso y, consiguientemente, la configuración de los territorios ubicados aguas abajo.

Las teorías relativas, por el contrario, tienen su eje en la existencia de una comunidad de intereses entre los países que integran la cuenca, la que impone un equilibrio entre los intereses de los Estados ribereños, de manera que todos ellos puedan hacer uso del curso de agua de un modo y en una medida compatible con los intereses de los demás. Aunque con desarrollos dogmáticos previos, se visibilizó con claridad a partir de la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1929) en el asunto de la Jurisdicción territorial de la Comisión Internacional del Río Oder[4].

La dicotomía de pensamiento que implican las teorías relativas y absolutas ha estado presente en las posturas que las partes esbozan en los conflictos, según su conveniencia relativa[5]; sin embargo, la noción de una comunidad de intereses ha terminado por imponerse (Querol, 2003, p. 14), y a partir de ello se construyeron diversos principios que hoy en día han sido internacionalmente receptados de manera explícita, como lo demuestra la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997) (Convención de Nueva York de 1997), estructurada en base a los mismos, o diversos decisorios de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales.

Los principios más importantes que integran el derecho internacional de aguas, conforme identifica Salinas Alcega (2007), son: (a) el uso equitativo y razonable, (b) la obligación de no causar un perjuicio sensible, (c) el deber general de cooperar y (d) la obligación de proteger y preservar los cursos de agua.

4. Los principios del derecho internacional de aguas en los conflictos sobre aguas

Si bien el particularismo que caracteriza los intereses en torno a los cursos de agua internacionales dificulta la inducción de normas generales con un contenido preciso[6], la suscripción de acuerdos bilaterales con similitudes de obligaciones y

4 Este caso trató un conflicto entre Alemania, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Suecia, Checoslovaquia y Polonia, en el que las partes solicitaron la determinación de las competencias de la Comisión del Río Oder, creada por el Tratado de Versalles, en relación a los afluentes del río Oder, los ríos Warthe y Netze, que están situados en territorio polaco.

5 Salinas Alcega (2007) observa que ninguna de estas teorías ha tenido aplicación real en la decisión de un conflicto, aunque han sido usualmente invocadas por los países para argumentar sus respectivas posiciones (p. 317).

6 González Campos *et al*. (1998) observan, en este sentido, la diversidad fáctica entre los cursos de aguas y entienden que «esta diversidad explica y alienta la gran cantidad de convenios existentes,

derechos ha configurado normas generales de derecho consuetudinario (Hayton, 1967), junto a las que se deducen de la jurisprudencia internacional y de la *opinio gentium* que reflejan las resoluciones de organismos internacionales e instituciones científicas (Barberis, Armas Pfirter y Querol, 2002, p. 73).

Además de ello, el proceso de codificación del derecho internacional desarrollado en el seno de Naciones Unidas, a través de su Comisión de Derecho Internacional, concluyó en el texto de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, aprobada y abierta a la firma por la Asamblea de Naciones Unidas en 1997. Esta Convención ha sistematizado explícitamente algunos principios y normas consuetudinarias que determinan cómo han de utilizarse los cursos de agua internacionales para prevenir o resolver conflictos (Salinas Alcega, 2009, p. 549; Aura y Larios de Medrano, 2008, p. 110; Mccaffrey y Sinjela, 1998, p. 106). Entre los referidos principios, existen tres que resultan de especial interés para el análisis de los vínculos entre el derecho internacional de aguas, el derecho de los derechos humanos, y el derecho de las inversiones que se analizan a continuación.

4.1. Principio del uso equitativo y razonable.

Este principio conforma una norma consuetudinaria que ha impuesto la práctica de los Estados acompañada de la *opinio iuris sive necessitatis*. Ha sido adoptado por numerosos Estados a la hora de concertar convencionalmente los usos de las aguas compartidas[7]. Igualmente, a este principio ha acudido sistemáticamente la jurisprudencia que ha resuelto los conflictos en la materia entre Estados, sean estos nacionales o federados dentro de una nación[8].

Dentro de la jurisprudencia internacional, diversos precedentes ponen en claro la necesidad de conciliar los intereses propios con los de los restantes Estados del curso. En tal sentido, en el ya referido asunto de la Comisión del Río Oder de 1929, la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que sobre un

bien referidos a todos los ríos contiguos o sucesivos, comunes a dos Estados, bien a uno o más ríos determinados, o a uno o más usos concretos, práctica que se ha desarrollado en todos los continentes. Al mismo tiempo esa diversidad justifica la escasez de convenios generales» (p. 28).

7 Matiello y Hayton (1976) refieren algunos casos en los que, en principio, el análisis fue instrumentado o aplicado de manera implícita (pp. 5-6). Lo mismo señalan Aura y Larios de Medrano (2008, p. 129).

8 Debe atenderse que, conforme observa el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Stephen M. Schwebel (1982), este principio tiene su origen en la práctica judicial de los países federales, y han influido desde allí en el ámbito internacional (p. 7). El principio encuentra una importante aplicación en la jurisprudencia norteamericana sobre conflictos entre estados federados por aguas compartidas; en particular, este desarrollo se produce a partir del asunto entre Kansas y Colorado por las aguas del Río Arkansas, resuelto en ese país por la Corte Suprema de Justicia (1907). También puede referirse como un desarrollo inicial la sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza (1878) en el asunto Aargau vs. Zurich in re Zwillikon Dam Case, con conceptos que ha sido contemporáneamente revitalizados por el mismo Tribunal Supremo Federal (2002) en el caso Kraftwerk Reckingen AG vs. Regierungsrat des Kantons Zürich. En Argentina, resalta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987) en el asunto entre La Pampa vs. Mendoza por las aguas del Río Atuel.

río internacional existe una comunidad de intereses de los Estados ribereños que jurídicamente genera una comunidad de derechos entre los mismos, lo que se extiende en función del interés común a todo el río. En el asunto de la toma de aguas del Mosa[9], la Corte Permanente de Justicia Internacional (1937) afirmó la existencia de una regla consuetudinaria según la cual los Estados podían hacer lo que determinaran que es lo mejor en sus respectivos territorios, siempre y cuando no pusiesen en peligro el bienestar de los habitantes de los demás Estados (Lope Bello, 1997, p. 111). A su vez, de manera más explícita, puede verse el principio en cuestión en el asunto del Lago Lanós, en el que el Tribunal Arbitral (1957) sostuvo la «íntima relación entre la obligación de tener en cuenta en el curso de las negociaciones los intereses de la otra parte, por un lado, y la obligación de proteger estos intereses de forma razonable en la solución elegida, por otro» (p. 317).

Con mayor actualidad, cabe recordar el decisorio de la Corte Internacional de Justicia (1997) en el asunto del Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros[10], de gran trascendencia en el análisis del principio de participación equitativa y razonable. En esta sentencia se invoca de forma expresa el principio analizado, al considerar en su parágrafo 78 que la suspensión y retiro de consentimiento que realizó Hungría en relación a las obras acordadas no puede considerarse como una renuncia a su derecho básico a una parte equitativa y razonable de los recursos; pues hay que recordar que en el derecho internacional moderno existen principios propios de los usos para fines distintos a la navegación, de ahí que la conducta unilateral de Eslovaquia, al construir obras distintas a las pactadas, había vulnerado el derecho de Hungría a una parte equitativa y razonable del recurso.

La Corte, en el parágrafo 147 de la referida sentencia, consolida estas nociones, ya que expresa que debe restablecerse el régimen común entre las partes, el que refleja de manera óptima el concepto de la utilización común de los recursos hídricos compartidos para el logro de los diversos objetivos mencionados en el Tratado, en concordancia con el artículo 5 párrafo segundo de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, que incluso transcribe expresamente. Finalmente, la Corte, en el parágrafo 149, refiere la necesidad de que las partes reanuden la cooperación en el marco del Tratado de 1977 a efectos de eliminar en la mayor medida posible las consecuencias de los ilícitos cometidos, implementando de manera equitativa y razonable el proyecto único y el programa multipropósito acordado.

9 En este conflicto entre los Países Bajos y Bélgica, las partes discutían la legalidad obras realizadas que no se encontraban explícitamente previstas en el Tratado de 1863.

10 El caso es un conflicto entre Checoslovaquia (hoy Eslovaquia) y Hungría a partir de un tratado celebrado en 1977 para la construcción y operación de un sistema de compuertas en el Danubio, y diversas soluciones provisionales que acordaron durante la evolución del asunto. Luego de que ambas partes emprendieran en 1978 un proyecto común por el tratado referido, en 1989 Hungría alegó un «estado de necesidad ecológica», y suspendió y abandonó los trabajos que le correspondían según el tratado. En 1991-1992, la entonces República Checa y Eslovaca desarrolló la solución provisional C, contemplada en el tratado, que consistía en construir una presa sobre el Danubio, con el consiguiente desvío de agua y merma de caudal en Hungría. Mientras esto último se desarrollaba, Hungría dio por terminado el tratado de 1977.

También el principio en cuestión fue traído explícitamente a consideración por la Corte Internacional de Justicia (2010) en la sentencia del asunto de las pasteras sobre el río Uruguay, cuyo parágrafo 177 sostiene: «La Corte debe agregar que la utilización no puede ser considerada equitativa y razonable si los intereses del otro Estado ribereño en el recurso compartido y la protección ambiental de este último no son tenidos en consideración».

4.2. Obligación de no causar perjuicio sensible.

Esta obligación no es otra cosa que el principio general del derecho referido en la máxima latina «*sic utere tuo ut alienum non laedas*»[11]. En materia de derecho internacional, desde una inicial casuística ambiental, las sentencias del Tribunal Arbitral (1938; 1941), en el asunto de la Fundición Trail entre Canadá y Estados Unidos, recurrieron a esta máxima para indicar que ningún Estado tiene derecho de usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que se causen daños por emisiones en el territorio de otro Estado o en las propiedades o personas del mismo.

En relación a los cursos internacionales, este principio ha sido especificado como una prohibición de generar daños sensibles en la antes mencionada sentencia arbitral de 1957 en el asunto del lago Lanós entre Francia y España, en la que se refirió a un principio que prohíbe al Estado de aguas arriba alterar las aguas de un río en condiciones que perjudiquen de manera grave al Estado de aguas abajo (Tribunal Arbitral, 1957, p. 308)[12].

La necesidad de un daño sensible para activar el principio en análisis también está presente en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia vinculadas a los cursos de agua internacionales y el peligro de daño ambiental. En este sentido, en el asunto de las pasteras sobre el río Uruguay, con apoyo en precedentes previos, la Corte observó que los Estados de un curso de agua no deben dar lugar a perjuicios sensibles para otros Estados.

También ese aspecto estuvo presente en el conflicto entre Costa Rica y Nicaragua por el río San Juan, en el que la Corte Internacional de Justicia (2015) entendió que un programa de dragado proyectado por Nicaragua, a pesar de alterar el cauce de río, no daba lugar al riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, ya sea en relación con el caudal del río Colorado o con los humedales de Costa Rica.

4.3. Obligación de proteger y preservar los cursos de agua.

Salinas Alcega (2007) observa que, como manifestación de la trascendencia adquirida en los últimos tiempos por el objetivo de la protección medioambiental en el derecho de los cursos de agua internacionales, el deber de proteger y preservar los cursos de agua se conforma como una obligación específica derivada de los principios anteriormente analizados (p. 361).

---

11 Schwebel, relator especial de la Comisión, hace referencia al principio «*responsibility for apreciable harm*» aplicado a los cursos de agua internacionales a partir de esta máxima romana (1982, p. 92).

12 Esta cualificación del daño también estaba presente en el citado caso de la Fundición Trail, donde el tribunal arbitral refería las «consecuencias graves» («*serious consequences*») de la explotación de la fundición.

En esta misma línea, McCaffrey (1988) muestra la relación que existe entre los principios del uso equitativo y razonable, el no daño sensible y la obligación de proteger y preservar los cursos de agua, al referir que, en razón de la importancia creciente de la cuestión ambiental, los vertidos que causan perjuicio apreciable de contaminación para otros Estados del curso de agua y para el medioambiente pueden considerarse *per se* inequitativos e irrazonables (p. 241).

Con ello, la obligación de proteger y preservar los cursos de agua no deja de estar íntimamente relacionada con los anteriores principios, tanto a la hora de considerarse el uso equitativo y razonable de un curso de agua entre los ribereños, como a la hora de apreciarse la inexistencia de daño sensible.

En relación a los cursos de agua internacionales, la prevención y evitación del daño ambiental ha tenido ciertos desarrollos específicos. Sobre la base del principio general que impide a los Estado usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que se causen daños en el territorio de otro Estado o en las propiedades o personas del mismo, la Corte Internacional de Justicia (2010) sostuvo, en el parágrafo 101 de la sentencia en el asunto de las pasteras sobre el río Uruguay, que:

> El principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la debida diligencia que se requiere de un estado en su territorio. Corresponde a "cada estado la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de los otros estados" (Corte Internacional de Justicia, 1949, p. 22). Un Estado está así obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado. La Corte ha establecido que esta obligación "es ahora parte del corpus del derecho internacional relacionado con el medio ambiente". (Corte Interamericana de Justicia, 1996, p. 242, párr. 29)

Y agrega que:

> La Corte considera que el logro del aprovechamiento óptimo y racional requiere un equilibrio entre los derechos y necesidades de las Partes de usar el río para actividades económicas y comerciales por una parte, y la obligación de protegerlo del daño ecológico que le puedan causar aquellas actividades, por el otro. (Corte Interamericana de Justicia, 2010, párr. 175)

Del mismo modo, atendiendo al principio de prevención del daño ambiental como una obligación consuetudinaria, la Corte Internacional de Justicia (2015) expresó que, sobre la base de la obligación de proteger y preservar el curso de agua:

> Puede considerarse un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un estudio de impacto ambiental cuando exista el riesgo de que el proyecto de actividad industrial puede tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, en particular, a un recurso compartido. (párr. 104)

De este modo, la obligación de no causar daños sensibles da lugar a procedimientos preventivos específicos en materia ambiental que los Estados deben cumplir.

5. El uso equitativo y razonable frente a las necesidades de las poblaciones como derecho humano

Toma especial relevancia en el análisis el impacto de ciertos principios del derecho internacional de aguas en relación a los derechos fundamentales de los habitantes de cada Estado, punto de contacto con el derecho de los derechos humanos y con el derecho humano al agua en particular.

Desde el derecho internacional de aguas, la Convención de Nueva York de 1997, en concreto, ha fijado en sus artículos 5 y 6 que los Estados utilizarán, en sus territorios respectivos, un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Para ello, establece, dentro de los factores y circunstancias pertinentes que deben ser considerados para determinar si existe una utilización equitativa y razonable, la consideración de la población que depende del curso de agua en cada Estado, junto, también, a las necesidades económicas y sociales de los referidos pobladores de dicho Estado.

La Convención también contempla que, salvo acuerdo o costumbre que establezca lo contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos. Sin embargo, en caso de que existiera conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional, la resolución del mismo debe realizarse «teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales»[13].

De este modo, la Convención de Nueva York de 1997 ha dado lugar a un vínculo entre las obligaciones y derechos que existen entre los Estados en relación a los cuerpos de aguas transfronterizas, y a la necesidad de que, en el ejercicio de tales derechos y obligaciones, los Estados tengan especialmente en cuenta las necesidades vitales que se satisfacen mediante la utilización del agua. Sin una referencia directa, la conexión con el derecho humano al agua se hace evidente, pues el respeto de tal prerrogativa actúa como un imperativo que condiciona las relaciones bajo el régimen del derecho internacional de aguas, y los derechos y obligaciones que los Estados pueden asumir legalmente.

Esta solución no puede darse de otra manera, ya que hay que recordar que el derecho internacional acepta y reconoce que el respeto de los derechos humanos es una obligación imperativa (Sanjosé Gil, 1992, p. 23), en cuanto se ha considerado que ello es un principio fundamental del derecho internacional que es exigible *erga omnes* (Corte Internacional de Justicia, 1970, 1980). Por ello se les asigna a tales derechos la categoría de *ius cogens*, y, con ello, son inderogables por los Es-

13 Esta previsión convencional del derecho internacional de aguas se complementa con el análisis que se realiza desde la protección del derecho humano al agua. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el citado caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. República del Paraguay, ha observado que, de acuerdo a los estándares internacionales, la mayoría de las personas requiere mínimo de 75 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene. Sobre tal base, consideró que el demandado vulneraba el derecho al agua por asignar un volumen menor al necesario.

tados a través de sus acuerdos y prácticas, como ha resaltado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1998):

> Mientras el carácter antes mencionado *erga omnes* concierne al ámbito internacional de su aplicación, la otra característica sobresaliente del principio de la proscripción de la tortura se refiere a la jerarquía de las reglas de la normativa internacional. Este principio, en razón de la importancia de los valores que tutela, se ha convertido en norma perentoria o *jus cogens*, es decir, una norma que ocupa una jerarquía en la normativa internacional superior al derecho de los tratados y aún al derecho consuetudinario ordinario. La consecuencia más notable de este rango superior es que dicho principio no puede ser derogado por los Estados mediante la adopción de tratados internacionales, ni mediante costumbres locales o especiales, y ni siquiera por normas consuetudinarias generales que no ostentan dicha fuerza normativa. (párr. 153)

La comunidad de intereses que existe entre los Estados ribereños de un curso de agua internacional, en el contexto de tales obligaciones indisponibles frente a los derechos humanos, lleva a que todos ellos deban actuar, en sus relaciones de instrumentación, de una participación equitativa y razonable en el curso de agua, que atienda las necesidades vitales de las poblaciones existentes en la cuenca.

En ese sentido, un acuerdo internacional que propiciara una solución contraria a la satisfacción de las necesidades humanas vitales que exhorta la Convención de Nueva York de 1997 resultaría nulo por efecto del régimen general de los tratados que dispone la Convención sobre el Derecho de los Tratados (1969) en sus artículos 53 y 64.

Más allá de estas relaciones entre Estados sobre las aguas como recursos compartidos, en el marco de la obligación internacional de cooperar que refiere la Asamblea de Naciones Unidas en su Resolución 2625 (XXV), y frente al carácter *erga omnes* que presenta la obligación de satisfacer los derechos humanos (entre ellos el que refiere al acceso indispensable al agua), incluso en aquellos casos en que existe necesidad de ayuda financiera o física puede considerarse la existencia de una obligación general de los Estados de asistir a otros Estados[14] (Pinto, Torchia y Martin, 2008, p. 169). Ello incluye la posibilidad de intervenir, en ciertas circunstancias extremas, frente a situaciones de crisis humanitarias que conlleven la necesidad de proteger los derechos humanos de las poblaciones afectadas (Evans y Sahnoun, 2001).

En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002), órgano de interpretación del pacto que en la materia se ha suscrito en el ámbito de Naciones Unidas, al especificar el derecho al agua como prerrogativa amparada por dicha Convención, ha expresado que, «En función de la disponi-

14 Este aspecto pareciera estar reflejado de manera tácita en el reconocimiento de un derecho consuetudinario a la pesca de subsistencia, reconocido a favor de la población de Costa Rica sobre el río San Juan, curso ubicado en territorio de Nicaragua, conforme determinó la Corte Internacional de Justicia (2009) en el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos entre Costa Rica y Nicaragua.

bilidad de recursos, los Estados Partes deben facilitar la realización del derecho al agua en otros países, por ejemplo, facilitando recursos hídricos y asistencia financiera y técnica y prestando la ayuda necesaria que se les solicite» (párr. 34 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

6. La obligación de no dañar y preservar el curso de agua frente al derecho humano al ambiente

Otra prerrogativa modernamente consolidada dentro del campo de los derechos humanos es la que hace al derecho a vivir en un entorno saludable (Pinto y Andino, 2008), con la consiguiente configuración de tal preocupación en el ámbito internacional (Juste Ruiz, 1999), y, específicamente, en el propio de los cursos de aguas internacionales (Salinas y Pinto, 2011, p. 146).

En forma análoga a lo que ocurre con respecto a las necesidades de las poblaciones y el uso equitativo y razonable de los cursos de agua, puede sostenerse que la obligación de no causar perjuicio sensible (y en especial de preservar y proteger el curso de agua) que alcanza a los Estados ribereños se correlaciona de manera directa con el deber que presentan los mismos de respetar el derecho al ambiente que tienen las poblaciones. De este modo, más allá del deber de las autoridades de cada país en relación a la tutela del ambiente en que residen sus habitantes, en concreto, el principio de proteger los cursos de agua ha dado lugar a una extensión de esa obligación hacia las autoridades de otros países de la cuenca[15].

En este sentido, la necesidad de actuar preventivamente, operativizada en la obligación de implementar un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo, no solo refleja una relación entre Estados, sino que, sin lugar a dudas, concuerda con el carácter de *ius cogens* que presenta el necesario respeto a los derechos humanos de los sujetos que serían afectados por un evento degradante del entorno con efecto internacional. Existe una adecuada correlación, de este modo, entre las precisiones del derecho internacional de aguas, y las exigencias que hacia los Estados impone el derecho de los derechos humanos.

7. Aparente (des)vinculación del régimen de las aguas internacionales y el régimen de las inversiones

El alcance y pertinencia del régimen internacional de las aguas, a su vez, ha sido distinguido claramente en relación a las pretensiones que pueden generarse en el ámbito del derecho de las inversiones.

Cuál es la participación equitativa que corresponde en los cursos de agua es una cuestión que interesa a los Estados ribereños y que ellos mismos deben determinar; pero esa determinación no corresponde a los inversores que sienten vulnerados sus derechos económicos por el uso del agua que se genera en el contexto internacional, ni a los órganos establecidos en el derecho internacional sobre in-

15 Esta extensión también se ha manifestado en las reglas que corresponden a las relaciones entre los estados federados que se rigen por el derecho internacional de aguas, conforme se analiza en Pinto (2013).

versiones para dirimir los conflictos entre los Estados y los inversores extranjeros. Este debate se ha dado en el ámbito de los procedimientos arbitrales que se contemplan en los tratados de inversión, en el caso el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito por Estados Unidos, México y Canadá en 1992, y que se desarrollan ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

Ante una solicitud de arbitraje formulada en 2005 contra los Estados Unidos Mexicanos por cuarenta y seis demandantes de nacionalidad norteamericana, encabezados por Bayview Irrigation District, se sustanció un proceso arbitral que fue laudado por el tribunal arbitral perteneciente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2007). Los demandantes, amparándose en la tutela del TLCAN, argumentaban sus derechos a partir de la existencia del Tratado relativo al Aprovechamiento de las Aguas de los Ríos Colorado y Tijuana y del Río Bravo (Grande), suscrito el 3 de febrero de 1944 entre México y Estados Unidos, que acordó la participación de agua que a cada país corresponde sobre ese curso; y a partir de derechos otorgados a favor de los demandantes por las autoridades norteamericanas sobre las aguas correspondientes al cupo de ese país, a efectos de ser ejercidos en el territorio texano. De este modo, entendían ser titulares de derechos de propiedad sobre las aguas que habían sido «transferidos desde México hacia los Estados Unidos en 1944, y después de los Estados Unidos hacia los demandantes conforme a la legislación interna de los Estados Unidos».

La base del reclamo consistía en sostener que México afectaba las inversiones agrícolas que los demandantes habían realizado en el estado norteamericano de Texas, ya que aquel país, de manera sistemática, captaba, se apoderaba y desviaba el agua que pertenecía a los demandantes, lo que ocurría mientras el recurso todavía se ubicaba dentro del territorio mexicano, con el fin de que fuera utilizado por agricultores localizados en México. De este modo, el demandado afectaba las inversiones que los demandantes, como extranjeros, tenían en Norteamérica, al disponer de los recursos hídricos que correspondían a los demandantes mientras el mismo aún se encontraba en territorio mexicano.

En su análisis, el Tribunal Arbitral no acepta la afirmación de que los demandantes sean propietarios de agua en México, en el sentido de derechos personales de propiedad con respecto a las aguas físicas de ríos que fluyen en territorio mexicano, pues consideraron que sostener la existencia de derechos de propiedad sobre el agua localizada aguas arriba (en México) plantea una evidente e ineludible dificultad conceptual en un contexto en que un tratado internacional hace depender el derecho de cada demandante de una asignación de determinado volumen de agua a cada país, medido a lo largo de un período quinquenal (o posiblemente más largo, si se toma en cuenta la posibilidad de repago de deudas de agua en ciclos subsecuentes), lo que solo puede determinarse en referencia al volumen de agua que haya efectivamente llegado al canal principal del río Bravo/río Grande. Así, el Tribunal razona que:

> Se es propietario del agua contenida en una botella de agua mineral, tal como se es propietario de una lata de pintura. Si otra persona la toma sin permiso, ello configura el hurto de un bien de propiedad personal. En cambio, el titular de un derecho otorgado por el Estado de Texas de extraer determinado volumen de agua del Río Bravo / Río Grande no es 'propietario' de, no 'posee derechos de propiedad en', determinado volumen de agua, tal como desciende de arroyos y ríos mexicanos hacia el Río Bravo / Río Grande y acaba por fluir en los canales de riego de los titulares de dichos derechos. Mientras el agua está en territorio mexicano pertenece a México, aunque México pueda verse obligado a entregar determinado volumen de ella en el Río Bravo / Río Grande para que lo extraigan nacionales de Estados Unidos. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2007b, párr. 116)

En esta línea, el Tribunal advierte que, aunque los demandantes han utilizado argumentos bastante sutiles e ingeniosos al manifestar que, en el Tratado de 1944, México enajenó o renunció a la titularidad de dos tercios de las aguas, no existe evidencia en ese tratado que infiera que la interpretación imaginativa de ese acuerdo que propician los quejosos, cuya coherencia jurídica y operabilidad práctica dan cabida a considerables dudas, fuera la prevista por las partes al suscribir el tratado. El tratado es un acuerdo de reparto de esas aguas tal como llegan al curso de las aguas internacionales (el río Bravo / río Grande) entre México y los Estados Unidos, y no hay razón alguna para poner en duda la exactitud de tal lectura. Por lo tanto, el Tribunal concluye que los demandantes no son propietarios de agua dentro de México y no poseen derechos de agua en México, exigibles al Estado mexicano. Sus derechos de agua les han sido otorgados por el estado de Texas; dichos derechos han sido creados en Texas y se ejercitan en Texas.

Para el Tribunal, sin embargo, una cuestión diferente es la desviación impropia de corrientes fluviales antes de que desemboquen en la corriente principal del río Bravo/río Grande. Si esa desviación se produce, el Tribunal advierte que ello podrá representar o no una transgresión del Tratado de 1944. No obstante, resolver tal cuestión sería de la incumbencia de los dos Estados, que son las únicas partes de ese tratado, y no de un Tribunal Arbitral en el que se relacionan los inversores extranjeros con los Estados.

Por ello, sostiene que si se considerase que los intereses de nacionales de los Estados Unidos fuesen afectados por cualquier acción que argumentase la violación del tratado suscrito entre Estados Unidos y México sobre el río Bravo/río Grande, se trataría de una cuestión que podría abordarse por el Gobierno de los Estados Unidos en el marco de los procedimientos de solución de controversias que contempla ese tratado. Sin embargo, el Tratado de 1944 no crea derechos de propiedad relativos a inversiones, de conformidad con lo preceptuado en el TLCAN, a partir de los cuales los propios nacionales de los Estados Unidos podrían protegerse mediante acciones enmarcadas en el TLCAN.

De este modo, la jurisprudencia arbitral ha marcado claramente el límite entre el derecho internacional de aguas, que rige las relaciones entre los Estados en torno a la participación en los cursos de aguas transfronterizos, y el derecho inter-

nacional de las inversiones, que garantiza las inversiones que extranjeros realicen en los Estados en los que existan aguas internacionales.

8. A modo de conclusión: Derecho de aguas, regímenes de inversiones y derechos humanos

El análisis que se ha efectuado en los puntos precedentes pone de manifiesto que la sectorización del derecho internacional no conlleva necesariamente (o no debería conllevar) a su fragmentación en compartimientos estancos. Las distintas ramas deben ser coincidentes con las restantes que integran el cuerpo mayor al que pertenecen, y deben superarse las aparentes antinomias con adecuadas técnicas interpretativas que armonicen las distintas fuentes jurídicas en la solución de cada caso.

En todo caso, la supuesta sectorización que se ha observado sobre la base de un quiebre entre el derecho de las inversiones y el derecho de los derechos humanos, más que una verdadera fragmentación jurídica, puede tener que ver con cierto sesgo interpretativo que presentan algunos ámbitos institucionales que se consideran ligados a una aplicación del derecho estrictamente ajustada (de manera excluyente) al régimen de las inversiones extranjeras. Sin embargo, estos ámbitos, en la medida en que no logren una armonización de las normas sectoriales de su incumbencia con el resto del sistema jurídico (en especial las normas de *jus cogens* cuya inobservancia acarrea la nulidad del régimen que las contradiga), pueden considerarse inadecuados para la solución del conflicto bajo la doctrina del *forum non conveniens*, o al menos no idóneos para impartir justicia en casos que involucren la satisfacción de derechos humanos indisponibles.

El derecho internacional de aguas, en este sentido, no se presenta de manera estructural con ese déficit. El mismo es regido por principios jurídicos que encauzan las relaciones de los Estados sobre las aguas que resultan transfronterizas, de modo que el aprovechamiento de un curso de agua se realice teniendo en cuenta, prioritariamente, las necesidades de las poblaciones y del entorno en el que estas viven.

Es un presupuesto del régimen de las aguas internacionales, entonces, la debida consideración y el respeto de los derechos humanos que, protegidos imperativamente como prerrogativas de *jus cogens*, inciden de manera esencial en el acceso al agua y en el entorno de las poblaciones. Por tanto, en la solución de un conflicto bajo las reglas del derecho internacional de aguas, indudablemente no podría omitirse el debido análisis del impacto sobre las poblaciones que implica la decisión que se adopte.

El derecho de las inversiones, a su vez, ha sido acordado atendiendo las relaciones de un inversor con respecto al Estado en el que realiza su proyecto. Los mecanismos para la solución de conflictos se limitan a esa materia, con lo que se encuentran excluidos de su contenido todos aquellos aspectos que deben ser regulados internacionalmente por los Estados, como son los que corresponden a la participación que corresponde a cada país sobre los beneficios que brinda un curso de agua internacional.

Sin embargo, esto no implica una desconexión absoluta entre ambas ramas. Como la Corte Internacional de Justicia observó en el referido caso de las pasteras (2010), el aprovechamiento óptimo y racional de un curso de agua internacional requiere un equilibrio entre los derechos y necesidades de los Estados ribereños en relación al uso del río para actividades económicas y comerciales, por una parte, y la obligación de protegerlo del daño ecológico que le puedan causar aquellas actividades, por otra.

En ese contexto, la armonización entre ambos regímenes sectoriales implica que las inversiones extranjeras que los Estados deben respetar deben ajustarse a los derechos que a esos Estados correspondan sobre el curso de agua, por lo que están supeditadas las expectativas de los inversores a la participación que con respecto al curso del agua asigne el derecho internacional de aguas a cada Estado ribereño.

En consecuencia, es indudable que una adecuada aplicación del derecho internacional, sea general o especial, exige una aplicación armónica que integre, en la solución de cada conflicto, los principios y reglas que esa disciplina jurídica ha desarrollado, incluso aquellos que se han formulado como manifestaciones de necesidades sectoriales de ese ordenamiento, de modo que se compatibilice el respeto de las exigencias del *jus cogens* que contienen las disposiciones sobre derechos humanos, la distribución de los recursos hídricos que mejor satisfaga la comunidad de intereses que los países ribereños presentan sobre los cursos de aguas internacionales, y el respeto por las inversiones extranjeras que deben cumplir los Estados en el marco de los presupuestos de legalidad y disponibilidad de recursos que surgen de los otros regímenes sectoriales referidos.

REFERENCIAS

Aargau vs. Zurich in re Zwillikon Dam Case (1878).

Asín, J. R. (2002). Aguas internacionales: evolución de la legislación. *Revista Ciencia y Cultura*. La Paz, *6*(10), pp. 111-120. Recuperado de http://www.boliviarevista.com/index.php/cultura/issue/view/218

Aura y Larios de Medrano, A. M. (2008). *La Regulación Internacional del Agua Dulce. Práctica Española.* Navarra: Aranzadi.

Barberis, J. A., Armas Pfirter, F. M. y Querol, M. (2002). Aplicación de los principios de Derecho Internacional a la administración de ríos compartidos. Argentina con Paraguay y Uruguay. En Embid Irujo, A. (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio* (pp. 69-126). Madrid: Civitas.

Bayview Irrigation District y otros vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/05/1 (CIADI, 2007).

Bohoslavsky, J. P. y Justo, J. B. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión.* Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Comisión Internacional de Derecho. (2005). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000* (vol. 2, segunda parte). Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). *Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002),* (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117). Recuperado del sitio de internet de Universidad de Minnesota, Human Rights Library: http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm15s.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2003a). *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Israel* (Documento E/C.12/1/Add.90). Recuperado de http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/C.12/1/Add.90&referer=https://www.google.com.ar/&Lang=S

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2003b). *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva Zelandia* (Documento E/C.12/1/Add.88). Recuperado de https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/425/96/PDF/G0342596.pdf?OpenElement>

Comunidad indígena Yakye Axa vs. República del Paraguay, (Corte IDH, 2005).

Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. República del Paraguay, (Corte IDH, 2010).

Corte Internacional de Justicia. (1970). Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*. Recuperado de http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf

Corte Internacional de Justicia. (1980). Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran (United States of America v. Iran). *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*. Recuperado de http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf

Corte Internacional de Justicia. (1997). Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*. Recuperado de http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf

Corte Internacional de Justicia. (2009). Dispute regarding navigational and related rights (Costa Rica v. Nicaragua). *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*. Recuperado de http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15321.pdf

Corte Internacional de Justicia. (2010). Case concerning pulp mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders.* Recuperado de http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf

Corte Internacional de Justicia. (2015). Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River; Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders.* Recuperado de http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18848.pdf

Corte Permanente de Justicia Internacional. (1929). Case relating to the territorial jurisdiction of the International Comision of the River Oder. *Collection of Judgments*, (16). Recuperado de http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_23/74_Commission_internationale_de_l_Oder_Arret.pdf

Corte Permanente de Justicia Internacional. (1937). The Diversion of water from the Meuse. *Judgments, Orders and Advisory Opinions*, (70). Recuperado de http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_70/01_Meuse_Arret.pdf

Echaide, J. (2014). Sobre el derecho humano al agua y la fragmentación del Derecho Internacional: el régimen internacional de protección de inversiones *vis-a-vis* las obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, (12), pp. 140-162. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/80/61

Evans, G. y Sahnoun, M. (eds.) (2001). *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Ottawa: ICISS- International Development Research Centre.

González Campos, J., Sánchez RodrígueZ, L. y Sáenz de Santa María, P. (1998). *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas.

Hafner, G. (2005). Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000, 2*, pp. 151-159. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Hayton, R. (1967). The formation of the Customary Rules of International Drainage Basins. En Garretson, A. H., Hayton, R. y C. Olmstead, *The Law of International Drainage Basins*, pp. 834-895. New York: Oceana Publications.

Juste Ruiz, J. (1999). *Derecho Internacional del Medio Ambiente.* Madrid: McGraw.

Kansas vs. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

Kraftwerk Reckingen AG vs. Regierungsrat des Kantons Zürich, 2A.51/2002/SCH (2002).

La Pampa vs. Mendoza, 310:2478 (1987).

Lope Bello, N. G. (1997). *Derecho Ambiental Internacional*. Caracas: Equinoccio.

Matiello, H. y Hayton, D. (1976). *Reglas de Helsinki*. Mendoza: INCyTH- INELA.

Mccaffrey, S. C. y Sinjela, M. (1998). The 1997 United Nations Convention on International Watercourses. *American Journal of International Law*, *92*, pp. 97-107.

Mccaffrey, S. C. (1988). *The law of the non-navigational uses of International watercourses. Fourth report on the law of the non-navigational uses of international watercourses* (Doc. A/CN.4/412 y Add.1 y 2). New York: Naciones Unidas.

Naciones Unidas. (1969). Convención sobre el Derecho de los Tratados.

Naciones Unidas. (1992). Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Naciones Unidas. (1997). Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

Pinto, M. (2013). Los conflictos ambientales en cuencas interprovinciales argentinas. *Actas de Derecho de Aguas,* (1), pp. 175-196. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Pinto, M., Torchia, N. y L. Martin. (2008). *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pinto, M. y Andino, M. (2008). El derecho humano al ambiente en Argentina y su relación con el sistema interamericano de derechos humanos. En A. Embid Irujo (dir), *El derecho a un medio ambiente adecuado* (pp. 489-543). Madrid: Iustel.

Prosecutor vs. Aanto Furundzija, n.º IT-95-17/1-T (1998).

Querol, M. (2003). *Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos*. Santiago de Chile: CEPAL.

Reino Unido vs. Albania (1949).

Salinas Alcega, S. (2007). Las aguas no marítimas internacionales. En *Derecho y Administración de Aguas*. Mendoza: Zetaeditores.

Salinas Alcega, S. (2009). La cuenca hidrográfica en la convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997. En A. Embid Irujo (dir.) y M. Kölling (coord.), *Gestión del Agua y descentralización política, Conferencia internacional de gestión del agua en países federales y semejantes a los federales*. Navarra: Aranzadi.

Salinas Alcega, S. y Pinto, M. (2011). El Pretor a la búsqueda del Derecho: la oportunidad perdida por la Corte Internacional de Justicia de contribuir al desarrollo del Derecho de los cursos de agua internacionales (Sentencia en el asunto de las Plantas de pasta de papel en el Río Urugual, del 20 de abril de 2010). *Revista Aranzandi de Derecho Ambiental*, (19), pp. 141-169.

Sanjosé Gil, A. (1992). *La protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Saulino, F. (2011). *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos.* Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Schwebel, S. M. (1982). *The law of the non-navigational uses of International watercourses. Third Report on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses* (Doc. A/CN.4/348). New York: Naciones Unidas.

Suárez Peralta vs. Ecuador, (Corte IDH, 2013).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República de Argentina, n.º ARB/03/17 (CIADI, 2006).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República de Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI, 2007).

Tribunal Arbitral (constituido por España y Francia en 1956). (1957). Affaire du lac Lanoux, *Reports of International Arbitral Awards*, *12*, pp. 281-317. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/281-317_Lanoux.pdf

Tribunal Arbitral (constituido por Estados Unidos y Canadá en 1935). (1938). Trail smelter case. *Reports of International Arbitral Awards, 3*, pp. 1911-1937. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf

Tribunal Arbitral (constituido por Estados Unidos y Canadá en 1935). (1941). Trail smelter case. *Reports of International Arbitral* Awards, *3*, pp. 1938-1982. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf

Tribunal Supremo Federal de Suiza. (1878). Aargau c. Zurich in re Zwillikon Dam Case. *Entsch. des Scweizerischen Bundesgerichts*, *4*.

Vélez Loor vs. Panamá, (Corte IDH, 2010b).

Zander vs. Reino de Suecia, CEDH Aplicación n.º 14282/88 (1988).

EL LUGAR DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE INVERSIONES, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO AL AGUA: ALTERNATIVA ENTRE SECTORIALIZACIÓN Y FRAGMENTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Sergio Salinas Alcega
Universidad de Zaragoza | España

La trascendencia adquirida por las inversiones extranjeras en muchos países para la satisfacción de servicios básicos, entre ellos los relativos al agua, pone sobre la mesa la cuestión de la adecuada toma en consideración de los derechos humanos en el campo del derecho de inversiones. Hasta el momento, la relación entre ambos subsistemas del derecho internacional se acerca más que otra cosa a un ejemplo de fragmentación del ordenamiento jurídico. A esa conclusión conducen tanto la ausencia de referencias expresas a obligaciones de los inversores en los textos jurídicos que regulan la prestación de los servicios como la actitud de los árbitros encargados de resolver las diferencias entre Estados e inversores. Por el momento los tribunales arbitrales se muestran reticentes a tomar en consideración los argumentos esgrimidos por los Estados justificando las medidas consideradas por los inversores como lesivas de sus derechos por la necesidad de garantizar la satisfacción de derechos de sus ciudadanos, consagrados en los textos internacionales en los que dichos Estados son partes. Esa situación debe revertirse de forma que se compatibilicen dos objetivos legítimos: el de la garantía de los derechos de los inversores, proporcionando una seguridad jurídica que siga permitiendo a los Estados la captación de inversión extranjera, y el de la satisfacción de derechos básicos, entre ellos el derecho al agua, de los ciudadanos de esos Estados.

1. Introducción

La relación entre el régimen jurídico de protección de las inversiones extranjeras (en adelante, derecho de inversiones) y el derecho internacional de los derechos humanos se presenta como ejemplo del riesgo de colisión entre normas y principios de distintos sectores del ordenamiento jurídico internacional. El objetivo de este trabajo es analizar la relación entre ambos sistemas normativos para concluir si se está ante un escenario de fragmentación del derecho internacional; si ese fue-

se el caso, se identifican las líneas de reacción que permitirían su reversión. Para ello, se empieza precisando el significado de fragmentación, prestando atención a las consecuencias negativas que resultan de ese fenómeno.

A continuación, se aborda la relación intersectorial apuntada desde la perspectiva de la toma en consideración de los derechos de las poblaciones de los Estados receptores de inversiones por el régimen jurídico creado para la protección de estas. En primer lugar, se describe brevemente el marco general y el *iter* de esa relación; posteriormente, se aborda el riesgo de fragmentación que deriva del estado actual de la misma. Para ello, se distinguen dos planos: el plano del derecho escrito, en el que se estudia la toma en consideración de los mencionados derechos de las poblaciones, en los Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APRI), y el de aplicación de esos textos por los tribunales arbitrales encargados de resolver las controversias que se planteen al respecto. En ambos planos, la atención a los derechos humanos desde una perspectiva general se complementará con aquella que se centra en el derecho al agua, cuyo protagonismo en la conflictividad planteada en este ámbito lo configura como un buen caso *test* para aplicar, en un supuesto concreto, las conclusiones identificadas con carácter general.

2. Fragmentación del derecho internacional: algunas consideraciones

La fragmentación del derecho internacional tiene su origen en la aparición de nuevos ámbitos de actividad del ser humano, como consecuencia del desarrollo tecnológico y el consiguiente surgimiento de sistemas normativos encargados de su regulación y, por tanto, adaptados a los rasgos propios de su contexto. No obstante, la fragmentación no es una consecuencia inevitable del crecimiento sustantivo del ordenamiento jurídico internacional: existe una alternativa que se calificará como sectorialización. La diferencia se encuentra en que frente a la naturaleza patológica de la primera, concretada por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) en la existencia de contradicciones de esos nuevos sistemas especializados con el derecho internacional general y entre sí (2006, párr. 9), la segunda implica la garantía de la unidad del derecho internacional.

¿Pero qué hace de la unidad del derecho internacional un bien digno de protección? Bien podría objetarse que los sistemas especializados serán más eficaces en tanto más adaptados estén al sector a cuya regulación se dirigen. La respuesta es que esa superespecialización presenta consecuencias negativas, entre las que interesa destacar que sin el límite de los principios y reglas generales del derecho internacional, cada régimen especializado sería tributario únicamente de los rasgos propios de su ámbito de aplicación, entre ellos, el equilibrio de fuerzas entre los actores involucrados y el riesgo de que su diseño no tenga como objetivo la justicia entendida en sentido absoluto, sino la satisfacción de los intereses de los más fuertes[1]. Esto hace de la sectorialización el resultado a buscar para una

1 A ello alude Dupuy (1996) cuando identifica el mantenimiento de la unidad del derecho internacional y la existencia de respuestas de la norma válidas en todos los casos como el único modo de garantizar la justicia y la equidad (p. 20).

gestión adecuada del proceso de crecimiento material del derecho internacional, compatibilizando el desarrollo de sectores especializados para reglamentar los distintos ámbitos específicos de actividad con su mantenimiento como un sistema jurídico y no, como señala la CDI, como una mera compilación aleatoria de normas (Comisión de Derecho Internacional, 2006, párrs. 1 y 2). Esa compatibilidad pasa por la existencia de un núcleo duro, aplicable sea cual sea el ámbito de actividad cubierto por la norma internacional, y que representa la garantía de la unidad tanto en sentido material (incluyendo los principios y valores supremos compartidos por toda la comunidad internacional) como formal, al comprender las reglas básicas del funcionamiento del derecho internacional. Entre estas reglas destacan las que corresponden a la responsabilidad internacional y su sustanciación, y a la formulación de normas internacionales, especialmente el derecho de los tratados[2].

Por tanto, la fragmentación constituye el resultado evitable del proceso de crecimiento sustancial del derecho internacional. Esto genera contradicciones y conflictos normativos en dos planos: en el de la relación de los distintos sectores con el derecho internacional general y en el de las relaciones de aquellos entre sí. Se considerará este segundo plano para identificar las reglas por las que se resuelven esas contradicciones y para aplicarlas, posteriormente, al caso que atañe: la relación entre derecho de inversiones y derecho internacional de los derechos humanos. A estos efectos resultan especialmente pertinentes los trabajos de la CDI, que estudian la aplicación a este caso de los medios tradicionales de resolución de conflictos normativos. En estos trabajos se concluye, por una parte, el carácter no necesario del principio de la *lex posterior* y se identifica, por otra, hasta tres supuestos de jerarquía normativa en el derecho internacional, entre los que se incluye las obligaciones *erga omnes*, las normas de *ius cogens* y el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. A eso se añade que, para la solución de conflictos entre normas de distintos regímenes especializados, la aplicación de esos criterios se somete al principio de armonización, y son aplicables cuando no quepa interpretación de la norma anterior o de menor rango conforme a la posterior o de mayor rango (Comisión de Derecho Internacional, 2006, párrs. 26, 37 y 42). La interpretación sistémica, a través de la que opera la citada armonización, permite, por tanto, que la interpretación y aplicación de la norma del régimen especializado se adecúen al objeto y fin únicos que justifican la existencia de este, lo cual garantiza, al mismo tiempo, que no se contradigan los principios y valores incluidos en el núcleo duro común. Este límite es identificado por la CDI al advertir que la interpretación sistémica no permitiría aceptar un resultado que no vaya acorde con valores y principios básicos del sistema. En ese sentido, en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, se señala como la materialización principal de esa herramienta, al establecer como condición para la interpretación, la necesidad de tener en cuenta toda norma pertinente de derecho

2 Cuya inclusión, en ese núcleo duro, se justifica en que, como apunta la CDI, es el fundamento en el que todos los nuevos regímenes basan su fuerza de obligar (Comisión de Derecho Internacional, 2006, párr. 12).

internacional aplicable entre las partes, y añade, como mecanismos que favorecen esa interpretación, ciertas presunciones aplicables a nuestro objeto de interés; por ejemplo, al asumir obligaciones en virtud de un tratado las partes no pretenden actuar en contradicción con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos (Comisión de Derecho Internacional, 2006, párrs. 11 y ss.).

3. Relación entre derecho de inversiones y derecho internacional de los derechos humanos

Apuntados los aspectos fundamentales del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, se procederá a aplicarlos a la relación entre los dos sectores objeto de atención, comenzando por una visión general de la misma para después abordar la toma en consideración de los derechos humanos en el derecho de inversiones.

Ambos son incluidos por la CDI en el elenco que de manera ejemplificativa establece de sectores especializados del derecho internacional; incluso se identifica al primero de ellos como sumamente especializado (Comisión de Derecho Internacional, 2006, párrs. 6 y ss.). Se trata de dos ejemplos pioneros del proceso de sectorialización del derecho internacional, que comparten una lógica de partida, descrita por Hirsch (2009) como dirigida a resolver las relaciones asimétricas entre Estado soberano e individuos, pero a través de caminos separados. Mientras el derecho de inversiones opta por una vía privada, el derecho internacional de los derechos humanos sigue una senda pública, con todas las diferencias que de ello resultan tanto en el ámbito normativo como en el institucional, concretamente respecto de los mecanismos de protección, puesto que frente al arbitraje sobre una base *ad hoc* en relación con las inversiones, que explicaría su énfasis en los aspectos privado comerciales de las disputas entre Estados e inversores y su inclinación a ignorar aspectos de políticas públicas como los derechos humanos, se sitúan los tribunales internacionales con procedimientos públicos (Hirsch, 2009, pp. 107 y ss.). Esa diferente orientación tiene una manifestación especialmente relevante en lo referente a los destinatarios de cada uno de los dos sectores ya que, como señala Olarte (2010), mientras el derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter global, que se dirige a garantizar los derechos de todas las personas, el derecho de inversiones presenta un destinatario mucho más concreto: el inversor extranjero, cuyos derechos, como veremos más tarde, tienen un lugar de forma expresa en los APRI (p. 683)[3].

El riesgo de colisión entre ambos sectores cobra protagonismo con el auge del derecho de inversiones en las décadas de los años ochenta y noventa, en el contexto de liberalización económica y privatización impulsada por instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. El resultado es una proliferación de APRI, tanto en la forma de tratados bilaterales de inversiones (en

3 Esto lleva a Álvarez (1997) a calificar el NAFTA, en relación con su capítulo 11 dedicado a la protección de inversiones recíprocas, como un tratado de derechos humanos para un grupo especial de interés: los inversores extranjeros; pero en el que se ignoran los derechos de aquellos afectados por las inversiones (pp. 307 y ss.).

adelante, TBI) como multilaterales, mediante la inclusión de capítulos al respecto en los grandes acuerdos de liberalización del comercio[4]. La diferencia respecto de lo ocurrido en fases anteriores de esa relación es, como señala Ratner (2001), el protagonismo adquirido por las poblaciones de los países receptores de las inversiones, ignoradas hasta entonces a favor de los Estados y las empresas que imponían sus posiciones (pp. 452 y ss.)[5]. El potencial de conflicto se incrementa por el desequilibrio presente en el régimen creado por los APRI, más favorable a los intereses de los inversores en detrimento de los derechos de las poblaciones de los países receptores de esas inversiones[6].

Es en este contexto, en el que el derecho al agua cobra protagonismo. La concesión a inversores privados extranjeros de los servicios de provisión de agua, en ocasiones impuesta por las instituciones financieras internacionales como medida de reducción de gasto público (entendida como condición previa para la concesión de préstamos y subvenciones, y combinada con episodios de crisis económica en los Estados receptores de la inversión) conducen a estos a una reacción que busca garantizar el aprovisionamiento para sus ciudadanos; así se genera un potencial de conflicto entre empresas proveedoras y Estados. En ese sentido, Thielbörger (2009) califica el agua como el *topic* más importante en el derecho internacional de inversiones contemporáneo (pp. 487 y ss.), y hace de este derecho un buen *test* para, como ya se ha dicho, comprobar en un caso específico las conclusiones alcanzadas en el examen de la relación intersectorial desde una perspectiva general.

---

4 Los datos más actualizados ofrecidos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD) revelan la conclusión, en 2015, de 31 nuevos APRI (20 TBIs y 11 tratados con previsiones en materia de inversiones), lo cual eleva el total, para fin de ese mismo año, a 3.304 APRI (2.946 TBIs y 357 tratados más amplios) (2016, p. 101).

5 América Latina tiene un papel pionero en ese cambio de equilibrios al que se refieren Bachand, Gallié y Rousseau (2003), al identificar el surgimiento de un nuevo modelo de TIB, que tiende a devenir dominante a escala internacional y que se estructura en base a principios como trato nacional, trato de nación más favorecida, normas favorecedoras de las transferencias de capitales, prohibición de imponer obligaciones de resultado a los inversores, regulación de medidas de expropiación y nacionalización, y puesta en marcha de mecanismos de arreglo de diferencias que permiten a los inversores recurrir al derecho internacional (pp. 576 y ss.). Se inicia, así, en América Latina un proceso que, en palabras de Olarte (2010), contradice ostensiblemente la doctrina que los Estados de la región protegieron alrededor de cien años y condiciona su potestad regulatoria al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de inversiones (p. 688).

6 No faltan quienes, como Kundmüller Caminiti y Rubio Guerrero (2006), reducen el aparente desequilibrio entre las partes en el funcionamiento de los mecanismos de arbitraje contemplados en los APRI, describiendo el mecanismo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (en adelante, CIADI) como el marco institucional que posibilita que los conflictos entre inversionista y Estado sean despolitizados y deslocalizados de las jurisdicciones nacionales para ser depositados en una esfera neutral con todas las garantías internacionales necesarias y la eficacia requerida (pp. 76 y ss.). En ese sentido, se apunta que el citado mecanismo permite la incoación de procedimientos tanto a inversionistas como a Estados, lo que no termina de demostrarse en la práctica, en la que tan solo en cuatro casos los Estados desempeñan el papel de demandantes: Gabón vs. Société Serete S.A. (1978); Tanzania Electric Supply Company Limited vs. Independent Power Tanzania Limited (2011); República del Perú vs. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. (2013) y Gobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental (Indonesia) vs. PT Kaltim Prima Coal y otros (2009).

Esa interacción presenta una doble vertiente: la que atiende a la protección de los derechos de los inversores, especialmente derecho de propiedad y derechos de carácter procesal ligados a su ejercicio y defensa, y la que se centra en los derechos de los ciudadanos del Estado receptor de la inversión. Al respecto, existe un consenso amplio en la doctrina en cuanto al desequilibrio ya apuntado: Jacob (2010) destaca la unilateralidad (*one-sidedness*) de los TBIs, que resulta de la exclusiva atribución derechos al inversor, sin sujetarlo a obligaciones (pp. 21 y ss.). Es decir, ambas vertientes no se consideran de la misma forma ni en cuanto al derecho aplicable, tal como se recoge en los APRI, ni en lo que respecta a la aplicación del mismo por los árbitros que resuelven controversias en esa materia. A continuación, se prestará atención a cada plano.

4. Toma en consideración de los derechos humanos en los textos del derecho de inversiones

La explicación del mencionado desequilibrio presente en los APRI[7] se encuentra en el objetivo de estos antes apuntado: proteger al inversor en situación de debilidad frente al Estado, esquema que la evolución de los acontecimientos pone en cuestión. El fin de la Guerra Fría y las exigencias de las instituciones financieras internacionales colocan a los Estados en desarrollo en situación de dependencia respecto de la inversión extranjera, y se establece una competencia entre ellos, que los obliga a una carrera a la baja para crear unas condiciones favorables que atraigan esas inversiones y genera un entorno favorable a la imposición de exigencias por parte de los inversores[8].

4.1. La tendencia no consolidada hacia la toma en consideración de los derechos humanos y la necesidad de acudir a la interpretación sistémica.

El resultado es que, excepto algunos raros ejemplos, la protección de los derechos humanos está ausente en la mayoría de los APRI, situación agravada por la tendencia de los árbitros a dar a esas cláusulas muy poco peso a favor de la preservación del propósito original de esos acuerdos, la protección de los inversores.

Debe reconocerse, sin embargo, una cierta evolución hacia la inclusión de cláusulas de derechos humanos en los APRI si bien la mayor parte de los analistas coinciden en que esa tendencia no se encuentra ni mucho menos consolidada.

7 A pesar de las iniciativas para introducir en ellos, de forma expresa, responsabilidades de los inversores, a las que alude Peterson (2009), sobre la base del modelo del International Institute for Sustainable Development (IISD) (2005), en el que, con respecto a los derechos humanos, incluye en su artículo 21 el establecimiento de estándares mínimos de protección y en su artículo 34, la relación con tratados internacionales en la materia (p. 14).

8 Situación identificada por Jacob (2010) como dilema del prisionero (pp. 21 y ss.) o, desde la perspectiva de la necesidad de optar por regímenes obligacionales de carácter internacional contrapuestos, por Bohoslavsky y Justo (2011) como dilema de hierro, subrayando el protagonismo negativo de América Latina, donde un importante porcentaje de Estados tienen comprometida su responsabilidad internacional en dos frentes que en ocasiones parecen exigirles comportamientos contradictorios (pp. 15 y ss.). En ese sentido, se recuerda la conclusión de la Corte de San José en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006, párr. 140).

El origen de ese camino se encuentra, para Marrella (2011), en el tímido inicio de la década de los noventa en cuanto a la inclusión de menciones a cuestiones sociales en algunos APRI, que chocaba con la ausencia de referencias en la mayor parte de los modelos de TBIs entre 2003 y 2008, lo que no obsta la existencia de excepciones como el modelo noruego de 2007 abandonado por el Gobierno de ese Estado (pp. 28 y ss.). El cambio se consolida y cobra fuerza a principio de la década de los 2000, cuando, como recuerdan Peterson y Gray (2003), algunos TBIs sudafricanos contienen excepciones que acogen ciertas formas de legislación, inspirada en derechos humanos que podrían afectar a la inversión extranjera si bien son previsiones muy limitadas en cuanto a su alcance (p. 8). El resultado es que, según Olarte (2010), los APRI más recientes, especialmente los TBIs, comienzan a incluir menciones expresas a ciertos aspectos, incluidos los derechos humanos, que son considerados como excepciones derogatorias de las normas de protección de la inversión.

Ese hecho se complementa con la evolución del arbitraje internacional, sobre la que se incidirá más adelante y sobre la que se señalará que se ocupa cada vez más de situaciones derivadas de la intersección de los dos regímenes jurídicos (Olarte, 2010, p. 695)[9]. No es ajeno a esa evolución que los Estados desarrollados y en vías de desarrollo se enfrenten hoy a problemas muy similares. En ese contexto destaca el papel de los países de la Unión Europea como receptores de inversiones y su trascendencia en el marco de la crisis iniciada en 2008, a lo que suman procesos como el de adopción del Tratado Transatlático de Comercio e Inversiones (en adelante, TTIP) con los Estados Unidos, sobre el que se detallará más adelante.

Como muestras concretas de esos cambios pueden citarse el Tratado de Libre Comercio (en adelante, TLC) entre Colombia y Canadá (2008), cuyo Anexo 202 recoge excepciones al trato nacional y al trato justo y equitativo al inversor basadas entre otras causas en la protección de los derechos humanos. El TLC entre Chile y Estados Unidos (2003) es otro caso cuyo artículo 10.5.3.c).ii) incluye la vida y la salud humanas entre los motivos que sirven para condicionar la actividad de inversionistas extranjeros. Igualmente, puede citarse el modelo TBI del IISD anteriormente señalado, que se refiere al necesario balance de derechos y obligaciones de las partes. En el art. 34.c) se incluyen las obligaciones de estas conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, esa vía de la inclusión en los APRI de una cláusula general de excepción a los derechos de los inversores, que considera entre sus motivos la protección de la vida y la salud de los seres humanos, se encuentra en el artículo 24.i y ii) del anteriormente apuntado proyecto de modelo noruego de TBI de 2007.

Pero, como se ha apuntado, esa evolución está lejos de tener un alcance general. Por ello, el silencio expreso al respecto en muchos APRI obliga a acudir a la interpretación sistémica, que permite incorporar los derechos humanos a través de su inclusión en la referencia al derecho internacional que se recoge en algunos de

9 La intensificación de la reforma de los APRI es subrayada por la UNCTAD (2016) al indicar que ya está arrojando resultados concretos con la emergencia de una nueva generación del tratados (p. 101).

ellos. Puede citarse, a modo de ejemplo, el artículo 30 del Modelo de los Estados Unidos (2012) o, especialmente, los artículos 42 del Convenio del CIADI y 1131 del Tratado NAFTA. Al primero de estos dos artículos se refiere el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y se interpreta que la llamada al derecho internacional que se realiza en este contexto se entenderá en el sentido que le atribuye el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, teniendo en cuenta que dicho artículo está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados. En cualquier caso, esta posibilidad de inclusión de los derechos humanos por la vía interpretativa nos conecta con el otro plano de la toma en consideración de los mismos en el derecho de inversiones, el de la aplicación que de los APRI realizan los árbitros en materia de inversiones, que será estudiado más tarde.

4.2. El caso de la recepción del derecho al agua.

Más allá de las posibilidades que ofrece la vía interpretativa, parece claro que una línea de acción futura para evitar que la relación entre ambos sectores sea de fragmentación es la inclusión expresa de los derechos humanos en los APRI. Esa circunstancia presenta peculiaridades en el caso del derecho al agua resultantes de su naturaleza de derecho económico y social y de la ausencia de su consagración expresa de forma autónoma en textos internacionales jurídicamente obligatorios y de alcance general[10]. Esos factores inciden tanto en cuanto al destinatario de obligaciones como a lo que puede ser exigible en relación con este derecho.

Por lo que respecta a esta segunda cuestión de los textos consultados se deduce un contenido normativo que afecta los planos de la disponibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad del recurso (Salinas, 2006, pp. 106 y ss.). Por su parte la naturaleza de derecho económico y social plantea cierta indefinición respecto a su exigibilidad, lo que no impide que conforme al derecho internacional, especialmente el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966 (en adelante, PIDESC), se identifiquen obligaciones relacionadas con las exigencias de progresividad y garantía del contenido mínimo esencial, que cobran especial relevancia en contextos de crisis (Salinas, 2016, pp. 1281 y ss.).

10 Los principales textos relativos a ese derecho, como la Observación General n.º 15 del Comité DESC, las Resoluciones 64/292, de 28 de julio de 2010, y 70/169, de 17 de diciembre de 2015, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o la Resolución del Consejo de derechos Humanos 15/9, de 30 de septiembre de 2010, a los que se añaden otros reconocimientos como el del Parlamento Europeo en 2003, carecen de obligatoriedad directa para los Estados. Sí existe reconocimiento sectorial, en diversos convenios internacionales, e implícito, a través de la inclusión del derecho al agua en otros derechos expresamente consagrados en textos internacionales de derecho positivo (Salinas, 2006, pp. 93 y ss.). Ese escenario choca con el reconocimiento que a nivel legal o constitucional se produce en el plano interno de numerosos Estados (Farrugia, 2015, p. 7; Marrella, 2011, p. 18).

En cuanto a los destinatarios de obligaciones la Observación General n.º 15 atribuye a los Estados el deber de respetar, proteger y cumplir el derecho al agua. Ese esquema se mantiene en escenarios de privatización del servicio, respecto de los que el derecho internacional mantiene una postura neutral[11], y en los que no se altera el principio de responsabilidad estatal (Kriebaum, 2007, p. 166; Salinas, 2016, pp. 1285 y ss.). Corresponde a los Estados, por tanto, actuar con la debida diligencia para que al concluir los APRI se garantice su compatibilidad con otras obligaciones de derecho internacional, especialmente en materia de protección de derechos humanos, ya que, como advierte Dupuy (2009), en caso contrario su posterior reacción normativa podría considerarse por el inversor como un ataque a su derecho a un trato justo y equitativo (p. 54). De hecho, esa obligación de control por los Estados de la provisión del servicio por terceros es incluida en el apartado 24 de la Observación General n.º 15 en la obligación de proteger que se les impone.

No obstante, el principio de responsabilidad estatal no debe interpretarse como una exención absoluta de responsabilidad de los inversores que pasan a asumir la provisión del servicio, en la que incide el informe del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, recordando que también las empresas tienen responsabilidad de respetar los derechos humanos (Naciones Unidas - Derechos Humanos, 2008, párrs. 51 y ss.). El reparto de cargas cobra especial trascendencia en casos de crisis en los que los derechos de los inversores, incluida la seguridad jurídica materializada en la garantía de un marco regulatorio favorable a la rentabilidad de su inversión, no pueden concebirse como algo absoluto, permaneciendo inmunes aun a costa de la garantía de servicios básicos para los ciudadanos.

No es esta una cuestión exenta de debate con posturas, como la de Fry (2007), que abogan por una centralización absoluta de responsabilidad en los Estados (p. 105), que los avoca a la alternativa de incurrir en responsabilidad sea en el plano del derecho de inversiones, en el marco del correspondiente arbitraje, o sea en el de los derechos humanos, especialmente en el contexto de los tribunales regionales dedicados a su protección. Eludir esa alternativa pasa por una regulación más precisa, tanto en los APRI como en los contratos de concesión del servicio, de la responsabilidad de los inversores privados en relación con el respeto de los derechos humanos, y en nuestro caso del derecho al agua, en el desarrollo de sus actividades. El vacío que al respecto deja la ausencia de esa regulación no parece ser cubierto adecuadamente por los instrumentos existentes hoy en día, como los códigos de conducta de empresas transnacionales[12], cuyo carácter voluntario parece chocar,

11 A ello se refiere el *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* en el sentido en que «[…] el marco de derechos humanos no debe imponer una forma particular de prestación de los servicios, y que incumbe a los Estados determinar la mejor manera de cumplir sus obligaciones de derechos humanos» (Naciones Unidas, 2007, párr. 52).

12 Como, por ejemplo, las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, adoptadas por vez primera en 1976 y cuya última actualización se producía el 25 de mayo de 2011 (Recupera-

como señala Weiler, con la premisa del objetivo económico que guía el comportamiento de los inversores, indiferentes al impacto adverso de sus actividades en el plano de los derechos humanos; por ello el autor plantea como línea de acción que los Estados promuevan el reflejo de las obligaciones de las empresas multinacionales en materia de derechos humanos en textos jurídicamente obligatorios, en concreto una convención, señalando la OIT, la OCDE, Naciones Unidas o incluso la OMC como foros en los que podría enmarcarse (2004, pp. 432 y ss.).

En cualquier caso el escenario actual presenta a los Estados como los únicos responsables internacionalmente por no garantizar el respeto de los derechos humanos y el derecho al agua en concreto, manteniendo la ausencia de obligaciones de los actores privados que no solo existe en el plano de los distintos APRI, sino también con carácter general.

5. Toma en consideración de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones

La no inclusión de los derechos humanos en los APRI de una manera expresa no constituye necesariamente un impedimento para su toma en consideración en los arbitrajes entre Estados receptores de inversiones y empresas, quedando al respecto la vía interpretativa antes mencionada. Eso coloca a los árbitros en un lugar clave para garantizar los derechos de las poblaciones de los Estados receptores de la inversión, sin esperar a que se consolide la evolución apuntada en el plano del derecho aplicable tal como se establece en los APRI.

5.1. Evolución de la toma en consideración de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones.

Un factor relevante a este respecto es el elevado nivel de discrecionalidad que tienen los árbitros[13]. Por el momento el análisis de la jurisprudencia arbitral revela un impacto reducido de esa vía a efectos de la introducción de los derechos humanos, de forma que, como concluye Farrugia (2015), aunque ya no existen argumentos para excluir las consideraciones generales de derechos humanos en el contexto de las disputas en materia de inversiones, los árbitros no parecen comprender esa evolución hacia una aproximación basada en los derechos humanos como un imperativo (p. 4). También en este plano se percibe el desequilibrio anteriormente señalado, que ahora se traduce en que los árbitros por una parte introducen por su propia iniciativa los derechos de los inversores en el procedimiento y por otra se muestran reticentes a aceptar los de las poblaciones de los Estados receptores de la inversión, esgrimidos por los Estados. Ello lleva a Meshel (2015) a demandar una mayor sensibilidad de los árbitros en este

do de http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf) o el *UN Global Compact*, adoptado en la Cumbre de Ginebra de 5 y 6 de julio de 2007 (Recuperdo de https://www.unglobalcompact.org). En el plano de la Unión Europea, cabe señalar la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la adopción de normas por la Unión Europea para las empresas europeas que operan en países en desarrollo: Hacia un código de conducta europeo* (1999).

13 Riesgo del que alertaba el *Informe del Parlamento Europeo sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras* (2011, párr. 2).

segundo plano, que reforzaría su legitimidad para resolver disputas que afecten al interés público (pp. 278 y ss.).

En cualquier caso también en este punto se evidencia una cierta evolución concretada por Reiner y Schreuer (2009) en la aparición de referencias dispersas a los derechos humanos en el arbitraje de inversiones (pp. 82-83). Esta evolución parte de pronunciamientos en los que el tribunal arbitral interpreta restrictivamente su jurisdicción, limitándola a lo establecido en el Acuerdo de inversiones[14], para comenzar a tomar en consideración normas de derecho internacional no incluidas en el correspondiente TBI. Especialmente reseñable es el asunto Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. República Árabe de Egipto (1992), en el que el tribunal se apoyó en la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 21 de noviembre de 1972, no para anular un contrato de inversión aprobado anteriormente para la construcción de una urbanización turística adyacente a un sitio cultural pero sí para negar que los inversores pudieran ser indemnizados por actividades que violarían legislación internacional una vez que la Convención entrara en vigor en Egipto.

En el plano concreto de los derechos de las poblaciones de los Estados receptores de la inversión varios asuntos ponen de manifiesto la actitud reticente de los árbitros a los argumentos esgrimidos en ese sentido por los Estados. En esos asuntos el tribunal no muestra un rechazo frontal a esas argumentaciones sino que concluye que las mismas no han sido suficientes para poner de manifiesto la colisión entre derechos humanos y tratados de inversiones en el caso concreto[15]. Un paso de dimensión relevante es la afirmación del tribunal en Phoenix Action Ltd vs. República Checa (2009), con la evidencia de que el derecho de inversiones y las exigencias jurisdiccionales del Convenio del CIADI no pueden ser interpretadas de forma aislada del derecho internacional público, especialmente de sus principios generales, señalando, como caso extremo, que nadie podría sugerir que la protección prevista en dicho convenio para las inversiones se proyectase en una violación de las reglas fundamentales de protección de los derechos humanos, como en el caso de inversiones realizadas en un contexto de tortura o genocidio o en apoyo de la esclavitud o del tráfico de órganos humanos.

---

14 Amco Asia Corporation and others vs. República de Indonesia (1986); Biloune and Marine Drive Complex Ltd vs. Ghana Investments Centre and the Government de la República de Ghana (1989); Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América (2002). En Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos (2003), el tribunal parece mantener esa visión restringida, limitando su mandato a las cuestiones litigiosas concretamente sometidas a su conocimiento a través de las pretensiones de las Partes. Si bien añade que además de las disposiciones del Acuerdo, está llamado a resolver las controversias que le sean sometidas conforme a las reglas aplicables del derecho internacional (Título VI.1 del Apéndice del Acuerdo), que deben ser ubicadas, al entender en dichas controversias, recurriendo a las fuentes contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y consideradas, aún cuando comprendidas por el derecho internacional consuetudinario, no como cristalizadas en el tiempo, sino en su evolución continuada.

15 Véase Azurix Corp. vs. República de Argentina (2006); Siemens A.G. vs. República de Argentina (2007); CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina (2005); Sempra Energy International vs. República de Argentina (2007, párr. 332).

La mencionada evolución es visible también en un aspecto directamente relacionado con la colisión entre derechos humanos y obligaciones en materia de inversiones, como es lo relativo al poder de policía que corresponde al Estado. Frente a la doctrina de los solos efectos, de acuerdo con la que los tribunales arbitrales consideran irrelevantes los motivos del Estado para adoptar las medidas que afectan al inversor y lo único determinante es la afectación de los derechos de este[16], aparece otra más favorable a la consideración positiva del poder de policía del Estado en el sentido de que les permite regular de manera que se protejan los derechos de sus ciudadanos incluso mediante la limitación de los derechos del inversor tal como se recogen en el correspondiente APRI[17].

En cualquier caso las reticencias de los árbitros a la integración de los derechos humanos en sus referencias para solución de controversias entre Estados e inversores suponen un factor que orienta la relación entre ambos sectores hacia la fragmentación más que a la sectorialización. Eso exige un cambio de orientación, o cuando menos una consolidación de la evolución ya comenzada, en la actuación de estos en el sentido de no seguir ignorando el papel que en estas controversias deben jugar necesariamente las poblaciones de los Estados receptores de las inversiones extranjeras. La magnitud de ese cambio de actitud es contemplada en una perspectiva amplia por Stone Sweet y Grisel (2009), en la que se refiere a un proceso de constitucionalización del arbitraje de inversiones, un cambio en la función que el árbitro está llamado a desempeñar, pasando de una visión clásica en la que su única fuente de legitimidad y jurisdicción es la que proviene de las partes en el procedimiento y su único horizonte jurídico es el contrato que liga a esas Partes y los textos conexos con él, como el correspondiente APRI, a otra que tiene en cuenta que el contrato y el APRI no son objetos aislados sino que se insertan en un ordenamiento jurídico mayor, de manera que la legitimidad y autoridad del árbitro, así como su representatividad, ya no se circunscriben a las partes, sino que incluyen toda la comunidad, por cuyos intereses ha de velar (pp. 123 y ss.).

16 En esta línea, véanse Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica (2000, párrs. 71 y 72); Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos (2000, párr. 111). En ambos casos se derechan los motivos medioambientales presentados por los Estados y Siemens vs. Argentina (2007, párr. 354), en donde se percibe cierto cambio, puesto que el tribunal se limita a afirmar el desarrollo insuficiente en el caso concreto de la argumentación del Estado de que el justo valor de mercado no es aplicable a casos de expropiación por razones económicas y sociales dado que limitaría la soberanía de un Estado para introducir reformas en particular en países pobres.

17 Como en los casos Robert Azinian, Kenneth Davidian y Ellen Baca vs. Estados Unidos Mexicanos (1999, párr. 83) y Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos (2002, párr. 112). En estos asuntos, se advierte que los cambios regulatorios de los Gobiernos, en respuesta a circunstancias económicas o aspectos políticos, económicos o sociales, pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas, sin que de ello derive expropiación. Esta aproximación tiene su lugar en los nuevos modelos de APRI, como en el Modelo de los Estados Unidos de 2012, cuyo Anexo B párrafo 4 subpárrafo b) señala que, excepto en extrañas circunstancias, acciones regulatorias no discriminatorias desarrolladas por una Parte y diseñadas y aplicadas para proteger un objetivo legítimo de interés público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas.

Eso no significa convertir el argumento de los derechos humanos en un salvoconducto que conceda carta blanca al Estado para intervenciones que en realidad no tienen relación directa con la protección de esos derechos. El objetivo es no considerar la protección de la inversión extranjera como un valor absoluto por encima de cualquier otra consideración, incluso en relación a comportamientos que implican vulneración de valores fundamentales del derecho internacional, como la protección de los derechos humanos. De ello derivan también obligaciones para esos Estados en cuanto al recurso a los derechos humanos para liberarse de las obligaciones que se les impone en el contexto de los APRI, que, como advierten Bohoslavsky y Justo (2001), pasan por la adecuada justificación de su comportamiento, asumiendo la carga de la prueba de que las medidas que suponen restricciones de los derechos de los inversores tienen por objeto cumplir con el deber de protección de algún derecho consagrado en textos jurídicos internacionales de los que el Estado es parte, con titulares identificables individual o grupalmente, sin que para ello baste con invocar el beneficio de entidades colectivas mediante conceptos como el bien común o el interés general (pp. 28 y ss.).

Es a través de esa interpretación holística del derecho internacional como puede progresar la relación entre ambos sectores, especialmente desde la perspectiva de la toma en consideración de los derechos humanos por los árbitros en materia de inversiones. Todo ello sin olvidar la razón de ser de este arbitraje, la de decidir en torno a la conformidad o no a derecho de las medidas adoptadas por los Estados y que pueden afectar al inversor, de forma que esa toma en consideración de los derechos humanos habrá de ser siempre un elemento de apoyo de esa decisión y nunca el fondo de la misma. Es decir, la posible justificación de las medidas adoptadas por el Estado, sobre la base de su obligación de garantizar los derechos de sus ciudadanos, podrá jugar como circunstancia excluyente o atenuante de su posible responsabilidad frente al inversor extranjero, sin que el árbitro pueda, por no entrar en su jurisdicción, pronunciarse acerca de la protección de esos derechos en sí misma considerada. De hecho, ese tipo de interacción ya se ha esbozado en la actuación de los árbitros pudiendo citar el asunto Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica (2000, párrs. 71-72), en donde se señala la posibilidad de graduar la obligación de compensación en relación con cuestiones medioambientales. Igualmente en Azurix Corp. vs. República Argentina (2006, párr. 245), el tribunal reduce considerablemente el monto a otorgar a los inversores y considera, entre otras cosas, que ningún inversor bien informado habría aceptado el precio pagado por Azurix por la concesión otorgada, independientemente de las medidas adoptadas por el Estado y de la situación imperante en él en ese momento, lo que es interpretado por Bray como una apelación de manera implícita a la responsabilidad de estos (2014, p. 479).

5.2. Aspectos procedimentales susceptibles de modificación para la inclusión de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones.

Más allá de la reticencia de los árbitros a servirse de la interpretación sistémica para dar entrada a los derechos humanos, el propio procedimiento arbitral pre-

senta deficiencias relevantes, que enumera Jacob (2010) señalando desde la escasa transparencia, incluido el acceso a las decisiones de los órganos arbitrales, hasta la ausencia de valor del precedente y la inseguridad jurídica que de ello resulta, pasando por la escasa experiencia y pericia de los árbitros en materia de derechos humanos (pp. 21 y ss.)[18]. En cuanto a la transparencia incluso en el marco arbitral más avanzado, el del CIADI, queda camino por recorrer, como señala Cantero (2016) al recordar que su situación favorable respecto a otros foros no permite ocultar que no existe una política sistemática y comprensiva de publicaciones, de forma que algunas decisiones siguen siendo inaccesibles (pp. 24 y ss.).

La cuestión del perfil de los árbitros es abordada por Farrugia (2015), quien distingue dos niveles de problemas: el primero es el *background* comercial como criterio principal de selección, que conduce a árbitros poco asertivos hacia ámbitos como los derechos humanos en los que no están habituados a desenvolverse. El segundo es la lealtad a los valores del comercio internacional y la exhibición de probidad comercial de los árbitros como estrategia para asegurar su inclusión en futuros tribunales; todo ello favorecido por el carácter reducido y relativamente cerrado de la comunidad arbitral (pp. 15 y ss.).

No obstante, también en este plano procedimental, como en el del derecho aplicable, se percibe una evolución favorable con mejoras, en relación con las deficiencias mencionadas. Puede mencionarse las Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, de UNCITRAL (2014), en el cual se plasman los aspectos en los que se concreta la mejora de la transparencia: acceso público a los documentos, audiencias públicas, sumisión de documentos por terceros como *amicus curiae* y distribución de los laudos. Igualmente, se puede destacar la modificación de 2005 del Convenio del CIADI, con avances como la publicación de los fallos (artículo 48.5), el acceso de terceros intervinientes y la apertura al público de los procedimientos (artículo 37.2). Esos avances tienen también un reflejo en el plano de los APRI, como el caso del proyecto de acuerdo de libre comercio entre Canadá y la Unión Europea: Comprehensive Economic and Trade Agreement (en adelante, CETA), que en su artículo x.33 establece una total transparencia en los procedimientos arbitrales en materia de inversiones, y exige que todos los documentos se hagan públicos y que las audiencias sea abiertas al público, así como permitir someter documentos a las partes interesadas como ONG y sindicatos.

18 El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre la protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión, apunta las siguientes deficiencias sistémicas del sistema arbitral de inversiones: opacidad, falta de normas claras, ausencia de derecho de recurso, discriminación contra inversores nacionales, temor a proteger inversiones meramente especulativas y a que el sistema quede bajo el dominio de bufetes especializados (Unión Europea, 2015, pto. 1.4). Deficiencias que para Fry (2007) no implican, *per se*, un desequilibrio a favor del inversor al afectar a las dos partes por igual ni suponen una distinción evidente del procedimiento ante los tribunales de inversiones respecto de lo que ocurre en los tribunales nacionales (pp. 113 y ss.). Ese balance cambia, sin embargo, si a lo señalado en el listado del Comité Económico y Social se añaden otros problemas como el de la formación de los árbitros, que sí decantan la balanza en sentido favorable al inversor.

5.3. La sustitución del arbitraje por el arreglo judicial para la solución de controversias en el derecho de inversiones.

La evolución apuntada no obsta que existan aspectos del procedimiento susceptibles de mejora, entre los que destaca la falta de homogeneidad en las interpretaciones arbitrales, para lo cual sería bueno acudir a la técnica del precedente o a la unificación de jurisprudencia por medio de un órgano de apelación. En esa línea se inscribe la propuesta de sustitución del clásico sistema arbitral por un sistema judicial, planteada por la Unión Europea en el contexto del TTIP, que prevé un sistema constituido por una Sala de primera instancia y otra de apelación. Entre las ventajas de esa vía judicial, descritas por Cantero (2016), se encuentra el reforzamiento de la imparcialidad e independencia de los árbitros, que resulta del cambio del sistema de designación pública por un Comité, frente a la actual elección por las partes, que sumada al pago de elevadas cuantías pueden incentivar decisiones a favor del inversor, único legitimado, en palabras de la autora, para presentar futuras reclamaciones y decidir el nombramiento del árbitro en un litigio posterior. Debe puntualizarse que si bien *de iure* el inversor no es el único capacitado para reclamar, en la práctica son muy pocos los casos de reclamaciones de Estado contra inversor, como ya se apuntó anteriormente. A ese reforzamiento de la independencia arbitral coadyuva el perfil exigido a los árbitros, con una cualificación jurídica más amplia que incluye la condición de expertos en derecho internacional público, valorándose sus conocimientos en derecho de inversiones no como el requisito principal sino como un mérito especial. A ello se añade su sumisión a normas éticas y códigos de conducta y la creación de un mecanismo para evitar conflictos de interéses, que comprende la prohibición de actuar como abogados o asesores en otros conflictos. El objetivo es que la visión de los árbitros no sea puramente comercial e incluya consideraciones más sociales, como los derechos de las poblaciones concernidas (Cantero, 2016, pp. 23 y ss.).

Cantero (2016) destaca, igualmente, el efecto centralizador de la jurisprudencia, que resulta de la creación de un tribunal de apelación o la adopción de reglas procedimentales más rigurosas y que buscan mayor transparencia, incluyendo la mejora del acceso de terceros al facilitar la presentación de escritos bajo la forma de *amicus curiae* y un mayor acceso a la documentación procesal (pp. 39 y ss.). La aportación de esta propuesta está lógicamente condicionada a su inclusión en el citado TTIP y más aún a la conclusión del mismo[19]; no obstante esa nueva orientación se encuentra en otros Acuerdos de la Unión, como el EU - Singapore Free Trade Agreement, concluido el 17 de octubre de 2014, que responde al nuevo enfoque sobre resolución de controversias sobre inversiones; en su artículo 15.20 incluye la conformación de una lista de árbitros a los que pueden acudir las partes. En ese sentido, puede mencionarse el Joint statement Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), cuya revisión, anunciada por las partes

19 El 12 de noviembre de 2015 la Comisión hizo público el documento final que recoge la posición europea que va a presentarse a los Estados Unidos en la mesa de negociación. Recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf-.

el 29 de febrero de 2016, incluye, entre algunas novedades, un mecanismo de arreglo de diferencias permanente, transparente e institucionalizado, que integra un sistema de apelación.

En esta misma lógica de judicialización del arreglo de controversias en materia de inversiones se plantea la posibilidad de que esa función pudiera ser desempeñada por los tribunales de derechos humanos, especialmente los dos grandes tribunales regionales. Sin embargo, aunque ya se han producido demandas con ese contenido en esos foros, la conclusión de los analistas es negativa, considerando que no son los adecuados para la solución de este tipo de cuestiones (Kriebaum, 2009, pp. 219-241 y ss.; Nikken, 2009, pp. 248 y ss.). Un obstáculo al papel de alternativa de esos tribunales al sistema arbitral es la limitación del papel de demandados a los Estados, conforme a los artículos 19 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y 33 del Pacto de San José. Eso limita la utilidad de los tribunales a su papel como medios de defensa al servicio de las empresas frente a posibles violaciones de sus derechos por los Estados receptores de las inversiones[20], descartando la posibilidad de pronunciarse sobre violaciones de derechos de las poblaciones de los Estados receptores de la inversión por dichas empresas. En este supuesto la única vía de acceso sería una posible reclamación de los particulares contra los Estados pero en ningún caso contra los inversores.

Otro inconveniente de alcance más general es el de la función de esos órganos, ya señalado por Peterson y Gray (2003) respecto de los tribunales arbitrales, recordando que su propósito no es la adjudicación de normas de derechos humanos, limitándose la consideración de estos en tanto que factor relevante para decidir sobre la violación de las normas de derecho de inversiones, y en su caso asignar la compensación correspondiente (pp. 34 y ss.). Esa lógica sería aplicable a los tribunales de derechos humanos que no serían foros para decidir sobre el derecho de inversiones sino sobre la existencia de violaciones de los derechos recogidos en los correspondientes tratados, limitándose por tanto su utilidad, como ya se ha señalado, a los casos en los que las normas del derecho de inversiones objeto de su pronunciamiento son las relativas a los derechos de los inversores, pudiendo eso sí tomar en consideración la obligación de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos como circunstancia eximente o atenuante en base al principio del adecuado equilibrio entre los intereses de la comunidad y el derecho del demandante. A ello se añaden obstáculos más prácticos a la aceptación de esos tribunales por los inversores como alternativa en materia de inversiones, como la condición del previo agotamiento de los recursos internos (artículos 35

20 Al respecto, la Convención Interamericana presenta la peculiaridad de la restricción del acceso de personas jurídicas, resultante de la vision restrictiva que de su artículo 1.2 sostiene la Comisión Interamericana, de la que la Corte parece desmarcarse en alguna ocasion, como en su sentencia de 7 de septiembre de 2001, en el asunto Cantos vs. República de Argentina. Excepciones Preliminares (Serie C n.º 85, párrs. 27 y ss.), en la que afirmó que el no reconocimiento expreso de las personas jurídicas por la Convención Americana no impide que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica.

del Convenio europeo y 46 del Pacto de San José), mientras que el objetivo buscado precisamente con los arbitrajes era, como ya se dijo, liberar al inversor de la obligación de acudir a la jurisdicción del Estado receptor de la inversión (CIADI, artículo 26), con el argumento de su pretendida situación de inferioridad, en lo que no puede ocultarse que implica una presunción de arbitrariedad de los tribunales nacionales. En esta misma línea puede citarse el monto de las compensaciones decididas por ambos tipos de órganos, mucho más elevadas en el caso del arbitraje de inversiones.

Los obstáculos señalados no implican sin embargo la absoluta inutilidad de los tribunales de derechos humanos en lo que respecta al derecho de inversiones. Existen aspectos de su actividad que podrían incorporarse a los arbitrajes en un ejercicio de interconexión, convirtiéndose, tal como señala Kriebaum (2009), no en una opción alternativa, sino en una herramienta complementaria que ayudaría a la toma en consideración de los derechos humanos por los árbitros, superando su falta de pericia en esa materia (p. 245). Ese camino ya se ha comenzado a recorrer mediante la incorporación por los tribunales arbitrales del principio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la vulneración del derecho de propiedad como consecuencia de una expropiación[21].

5.4. La toma en consideración del derecho al agua en el arbitraje de inversiones. Las reticencias señaladas desde una perspectiva general en cuanto a la toma en consideración por los árbitros de los derechos de las poblaciones de los Estados receptores de inversiones se extienden al derecho al agua. En este sentido, debe subrayarse la relevancia de América Latina, cuyos Estados son demandados en un buen número de controversias en relación con este derecho. Un ejemplo relevante es el de Argentina, que ha asumido protagonismo, especialmente en el marco del CIADI, en cuanto al recurso al argumento de su obligación de garantizar el derecho al agua de su población para adoptar medidas consideradas por los inversores como violaciones de los APRI correspondientes. Un ejemplo de esa posición puede verse en Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República Argentina (2010), con la insistencia del Estado en que los tratados bilaterales no debían interpretarse en un vacío divorciado del resto de la legislación internacional, sino a la luz de otras reglas de ese ordenamiento que vinculan a los Estados concernidos, incluyendo todo tratado de derechos humanos que contemple el derecho al agua, de los que resulta, en su opinión, la primacía de la obligación de proteger el derecho al agua de la población (párr. 252). Se trataría del recurso al que Peterson (2009) califica como estado de necesidad, que eximiría al Estado del incumplimiento de las obligaciones asumidas en el APRI (p. 28).

21 Véase, a modo de ejemplo, Noble Ventures, Inc. vs. Rumanía (2005, párr. 52); Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos (2003, párr. 122); Siemens A.G. vs. República de Argentina (2007, párr. 346).

Esta argumentación, presente en diversos asuntos, tiene cierta acogida por los tribunales arbitrales, que sin aceptarla expresamente tampoco exhiben un rechazo frontal. Así, se pone de manifiesto en Sempra Energy International vs. República Argentina (2007), cuando el recurso al estado de necesidad como eximente de responsabilidad consolidada en derecho internacional consuetudinario es sometido por el tribunal a condiciones que no concurren en este asunto, concretamente que se comprometa la existencia misma del Estado o su independencia (párrs. 333 y ss.). Previamente, en CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina (2005), el tribunal había señalado el carácter acumulativo de los elementos que configuran el estado de necesidad, por lo que la existencia de algunos de ellos no permite acudir a él como circunstancia eximente de responsabilidad internacional (párr. 331). En Continental Casualty Company vs. República Argentina (2008), el tribunal avanza el margen de apreciación del Estado en esos supuestos al recordar que la protección de intereses esenciales de seguridad, contemplada en el TBI, no exige el colapso total del Estado o la declaración de situación catastrófica, sino que cabe una interpretación extensiva (párrs. 180-181). Conforme a esta la introducción de ese concepto por los Estados Unidos, pensando en sus propias preocupaciones geopolíticas o estratégicas, no se excluye que puedan considerarse comprendidas en él otras medidas adoptadas por la otra parte contratante en situaciones de emergencia. En concreto, se afirma que la garantía de la seguridad interna en caso de grave crisis con implicaciones sociales, políticas o de orden público constituye, especialmente en el caso de un país en desarrollo, un interés esencial de seguridad.

Esta misma postura se plantea recientemente en Saur International S.A. vs. República Argentina (2014), bajo el argumento del Estado de que el régimen de protección de inversiones no desplaza sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos y establece una necesidad de interpretación armónica de ambos conjuntos de obligaciones (párrs. 330 y ss.). El tribunal reconoce los derechos humanos en general y el derecho al agua en particular, incluidos en el sistema legal de Argentina y en los principios del derecho internacional, como una de las fuentes a tomar en consideración en el arreglo de la disputa. Pero opta por la vía de la interpretación sistémica señalando que el derecho al agua y el derecho del inversor a su protección operan en planos distintos. Se debe encontrar un equilibrio en cuanto a las obligaciones que imponen cada uno de ellos, aspecto señalado por Bray (2014) como una estrategia elusiva al concluir la posibilidad, en este caso, del cumplimiento de ambos conjuntos de obligaciones, sin abordar el escenario de imposibilidad de ese cumplimiento conjunto identificando si uno de esos cuerpos de obligaciones se impone al otro (p. 482). La conclusión es que, según a Meshel (2015), parecen evidentes las reticencias de los árbitros de abordar los efectos del derecho al agua en las obligaciones de los Estados en cuanto a la protección de las inversiones (p. 293).

Una cuestión en la que los arbitrajes, en relación con los servicios de agua, tienen especial relevancia es la intervención *amicus curiae* como mecanismo para reforzar la toma en consideración de los derechos humanos. El aporte de este instru-

mento se concreta en la superación de la postura de las partes en el procedimiento *stricto sensu*, que da entrada, de alguna forma, a quienes pueden representar otros intereses en presencia en la controversia, bien sea de grupos específicos o bien de la comunidad internacional (Francioni, 2009, pp. 74 y ss.; Harrison, 2009, pp. 412 y ss.). El primer caso en el que se planteó la participación a través del *amicus curiae* en el CIADI es Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia (2005, párr. 17). En este caso, se puede situar el punto de partida de la evolución del arbitraje de inversiones, partiendo de una visión restringida de su competencia, a la cual ya nos hemos referido, puesto que se considera que la solicitud de participación se sitúa más allá de la competencia del tribunal, delimitada por la intersección entre el Convenio del CIADI y el TBI correspondiente, así como por la naturaleza consensual conforme a la cual la delimitación de dicha competencia corresponde a las partes. Sobre esa base, el tribunal considera que no puede ir contra la falta de previsión por las partes respecto de la participación de terceros en el procedimiento.

La situación comenzó a cambiar con el primer asunto, en el que se aceptó el *amicus curiae* en el marco del CIADI. En Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República Argentina (2005) se concedió a los peticionarios la posibilidad de realizar presentaciones *amicus curiae* de acuerdo con ciertas condiciones (párr. 33); de ese modo, se postergó la decisión respecto de la solicitud de acceso a la documentación hasta que el tribunal autorizase a una parte no contendiente para presentar un escrito *amicus curiae*. Posteriormente, la Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to make an Amicus Curiae Submission del mismo caso (CIADI, 2007) describía los argumentos concretos en los que el tribunal apoya su aceptación del *amicus curiae* y concede esa condición a las ONG interesadas, sobre la base de que eran dignas de ser respetadas y tenían suficiente pericia y experiencia en relación con derechos humanos y servicios públicos (párrs. 12 y 13). El tribunal estableció que el ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 44 del Convenio del CIADI para aceptar presentaciones *amicus curiae* debería depender de tres criterios básicos: (a) la pertinencia del objeto del caso; (b) la aptitud de una persona que no es parte para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* en ese caso; y (c) el procedimiento utilizado para efectuar y analizar la presentación del *amicus curiae*.

El mismo panel aceptó previamente el *amicus curiae* en Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República Argentina (2006), apoyándose en el citado artículo 44 del Convenio del CIADI, que concede al tribunal un margen de maniobra en cuanto a cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta sección, en las reglas de arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes. Esa competencia residual se interpretó en el sentido de considerar incluida la facultad de aceptar, en determinados casos, presentaciones *amicus curiae* realizadas por personas idóneas que no sean parte. El tribunal reiteró las tres condiciones antes apuntadas (pertinencia, aptitud y procedimiento) como elementos que permiten un equilibrio entre el interés de terceros no partes en la controversia y el derecho de estas a un proceso arbitral justo, ordenado y expedito. En relación con la pertinencia (primer requisito), se

señalaba cómo varios tribunales han aceptado tradicionalmente la intervención de *amicus curiae* en litigios ostensiblemente privados, en casos que involucraban cuestiones de interés público y porque las decisiones que se adoptan podían afectar, de forma directa o indirecta, a otras personas además de las que intervienen directamente como partes en el caso. El interés público en este supuesto deriva especialmente de que los sistemas de distribución de agua y alcantarillado proporcionan servicios públicos básicos a cientos de miles de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos. Por lo tanto, toda decisión emitida en este caso tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por consiguiente, a la población que los mismos atienden. El tribunal señalaba las consecuencias beneficiosas del *amicus curiae* citando el incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje que reforzaría su aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema, en particular cuando se trata de controversias relativas a materias de interés público.

El tercer asunto relevante es Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. República Unida de Tanzania (2008), cuya trascendencia resulta de que se trata del primer asunto tras la adopción, en 2006, de las nuevas reglas del CIADI, en concreto de la nueva Regla 37.2, conforme a la cual se puede permitir a terceros, que no son no parte del procedimiento, una presentación escrita ante el tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia (párrs. 57 y ss.). Para ello, se señala que, además de la previa consulta a ambas partes, el tribunal debe tomar en consideración diversos aspectos relacionados a la utilidad de dicha presentación para el desarrollo del procedimiento, por aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular, distinta a la de las partes en la diferencia, su conexión con una cuestión que entre en el ámbito de la diferencia y el interés significativo del tercero en el procedimiento, además de comprobar que esa presentación no perjudica injustamente a cualquiera de las partes y que ambas tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente. Así, en el asunto Biwater (2008) se considera que esas condiciones se cumplen y se autoriza dicha presentación.

De forma paralela, discurrió esta cuestión en el ámbito de UNCITRAL. Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América (NAFTA) (2001, párr. 47) fue el primer caso en el que se aceptó el *amicus curiae*, a pesar de la solicitud de los peticionarios de no recibir materiales generados en el procedimiento o de seguir las audiencias. La trascendencia del asunto anterior se señala en United Parcel Service of America Inc. vs. Canadá (2002), al apuntar cómo, tras ello, se introduce la cuestión de las solicitudes de *amicus curiae* en el marco del NAFTA (artículo 1128, cap. 11). A ello se añade la modificación de la *Rules on transparency UNCITRAL* (2013), que incluye, en sus artículos 4 y 5, una apertura de la visión restrictiva a las solicitudes de *amicus curiae* que hasta entonces tenían las reglas modificadas con anterioridad en 2010.

6. Conclusiones

Hasta el momento, el papel de los derechos de las poblaciones de los Estados receptores de inversiones extranjeras en el derecho de inversiones acerca la relación entre ambos regímenes especializados de derecho internacional más a un modelo de fragmentación del ordenamiento jurídico internacional que a otro de sectorialización, con los riesgos que de ello resultan (señalados al principio) y de los que esta relación ha dejado ya en alguna ocasión. El lado positivo se encuentra en el hecho de que existen rasgos de una evolución que acercaría esa relación intersectorial al esquema correcto desde la perspectiva de la garantía de la unidad del derecho internacional y, por tanto, de la justicia. No obstante, esa evolución no está consolidada y debe reforzarse en el futuro.

Dos son los planos de actuación fundamentales a los que se ha recurrido a lo largo de este estudio: el del derecho positivo y el de su aplicación por los árbitros en materia de inversiones. Los progresos, en el primer plano, reducirían los problemas en el segundo en la medida en que el reflejo expreso de los derechos humanos en los textos jurídicos impediría que se ignoren estos mediante visiones restringidas de su jurisdicción por dichos tribunales. No obstante, la acción en este segundo plano tiene también una enorme relevancia, puesto que incluso, en el caso de que los progresos en el primero no fuesen los esperados, un cambio de orientación en la aproximación de los árbitros permitiría abordar el problema mediante la toma en consideración de los derechos humanos, a través de la interpretación sistémica. De ello resulta el papel central que, al respecto, corresponde al arbitraje en cuanto a la protección de los derechos de las poblaciones concernidas.

Los elementos esenciales de la estrategia de acción en cada uno de esos planos son los siguientes. Con respecto a la acción en relación con los textos de derecho de inversiones, el avance fundamental consiste en dar entrada —ya no de forma implícita, sino expresamente— a los derechos de las poblaciones concernidas. El progreso, en esta línea, es responsabilidad de los Estados, que están obligados a llevar a cabo una ponderación de intereses identificando, de forma más precisa, las obligaciones de los inversores, especialmente en cuanto a las condiciones materiales y económicas de la prestación del servicio. Al respecto y sobre la base del caso *test* elegido (el del derecho al agua), la responsabilidad de los Estados se traduciría en la inclusión, tanto en los APRI como en los contratos celebrados con los inversores, de obligaciones que se ajusten a las condiciones identificadas para la adecuada garantía de ese derecho (disponibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad).

En el segundo plano, la vía de acción principal es la de un cambio de visión de los árbitros, esencial no solo para reorientar la relación entre ambos ordenamientos, de forma que se garantice la coherencia del derecho internacional en su conjunto, sino también desde la perspectiva de la legitimidad del propio arbitraje y del derecho de inversiones. A ello se añade acciones a otros niveles, como la del procedimiento que redundarían en ese mismo sentido. En este punto, hay que recordar lo apuntado anteriormente en relación con el desarrollo de la transparencia, entre otras cuestiones. En último término, la reorientación de la relación entre

ambos regímenes especializados se circunscribe a una cuestión de prioridades, de garantía de una ponderación de los intereses en juego, que tenga en cuenta las implicaciones que resultan de las decisiones que al respecto puedan adoptarse.

REFERENCIAS

Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá. (2008). Recuperado de http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=681

Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia, n.º ARB/02/3 (CIADI, 2005).

Álvarez, J. (1997). Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven. *University of Miami Inter-American Law Review*, *28*, pp. 303-312.

Amco Asia Corporation and others vs. República de Indonesia, n.º ARB/81/1 (CIADI, 1986).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010). *El derecho humano al agua y el saneamiento*. Resolución 64/292.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2015). *Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento.* Resolución 70/169.

Azurix Corp. vs. República Argentina, n.º ARB/03/30 (CIADI, 2006).

Bachand, R., Gallié, M. y Rousseau, S. (2003). Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques. *Annuaire français de droit international*, XLIX, pp. 575-610.

Biloune and Marine Drive Complex Ltd vs. Ghana Investments Centre and the Government de la República de Ghana, UNCITRAL (1989).

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. República Unida de Tanzania, n.º ARB/05/22 (CIADI, 2008).

Bohoslavsky, J. P. y Justo, J. B. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Santiago de Chile: CEPAL.

Bray, H. L. (2014). ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup. 013 ICSID Review Student Writing Competition. *ICSID Review*, *29*(2), pp. 474-483.

Cantero Martínez, J. (2016). Arbitraje internacional de inversiones y "derecho a regular" de los Estados: el Nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP. *Revista Española de Derecho Europeo*, (58), pp. 13-45.

Cantos vs. República Argentina, Serie C n.º 85 (Corte IDH, 2001).

CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, n.º ARB/01/8 (CIADI, 2005).

Comisión de Derecho Internacional. (2006). *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*.

Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).* Recuperado de https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15

Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, n.º ARB/96/1 (CIADI, 2000).

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. República del Paraguay, Serie C n.º 146 (Corte IDH, 2006).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. (2016). *World Investment Report 2016*. Recuperado de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf.

Continental Casualty Company vs. República Argentina, n.º ARB/03/9 (CIADI, 2008).

Consejo de Derechos Humanos. (2010). *Derechos humanos y acceso al agua potable y el saneamiento*. Resolución 15/9.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969).

Dupuy, P. -M. (1996). Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique internationale. En R. Ben Achour y S. Laghmani (Dirs.), *Harmonie et contradiction en droit international (Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis)* (pp. 17-54). París: Pedone.

Dupuy, P. -M. (2009). Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law. En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 45-62), Oxford: Oxford University Press.

EU - Singapore Free Trade Agreement. (2014). Recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961

Farrugia, B. (2015). The human right to water: defences to investment treaty violations. *Arbitration International*, *31*(2), pp. 261-282.

Francioni, F. (2009). Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (Eds.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 63-81). Oxford: Oxford University Press.

Fry, J. D. (2007). International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, *18*, pp. 77-149.

Gabón vs. Société Serete S.A., n.º ARB/76/1 (CIADI, 1978).

Gobierno de la Provincia de Kalimantan Oriental (Indonesia) vs. PT Kaltim Prima Coal y otros, n.º ARB/07/3 (CIADI, 2009).

Harrison, J. (2009). Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions: Promoting Social Justice? En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 396-421). Oxford: Oxford University Press.

Hirsch, M. (2009). Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 97-114). Oxford: Oxford University Press.

Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. (1965). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf

International Institute for Sustainable Development (IISD). (2005). *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*. Recuperado de https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf

Jacob, M. (2010). *International Investment Agreements and Human Rights* (Research Paper Series n.º 03). Institute for Development and Peace.

Joint Statement Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). (2016). Recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154330.pdf

Kriebaum, U. (2007). Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights. En A. Reinisch y U. Kriebaum (eds.), *The Law of International Relations–Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (pp. 165-189). La Haya: Eleven International Publishing.

Kriebaum, U. (2009). Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?. En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 219-245). Oxford: Oxford University Press.

Kundmüller Caminiti, F. y Rubio Guerrero, R. (2006). El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. *Lima Arbitration*, (1), pp. 69-112.

Liberti, L. (2009). The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in Assessing Compensation. En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 557-564). Oxford: Oxford University Press.

Marrella, F. (abril, 2011). The human right to water and ICSID arbitration: two sides of a same coin or an example of fragmentation of international law?. *Current issues of Public International Law: Proceedings of Conference*, (pp. 11-42). Moscú: PFUR.

Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/99/1 (CIADI, 2002).

Meshel, T. (julio, 2015). Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond. *Journal of International Dispute Settlement*, *6*(2), pp. 277-307.

Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/97/1 (CIADI, 2000).

Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América, (NAFTA) UNCITRAL (2001).

Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América, n.º ARB(AF)/99/2 (CIADI, 2002).

Naciones Unidas. (2007). UN Global Compact. Recuperado de https://www.unglobalcompact.org

Naciones Unidas. (2007). *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos.*

Naciones Unidas. (2008). *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*.

Nikken, P. (2009). Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights. En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 246-271). Oxford: Oxford University Press.

Noble Ventures, Inc. vs. Rumanía, n.º ARB/01/11 (CIADI, 2005).

Olarte Bácares, D.C. (2010). El Derecho internacional e las inversiones en América Latina: el reencuentro con los derechos humanos. En C. I. Jaramillo (Dir.), *Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI*, *4* (pp. 683-711). Bogotá: Editorial Temis.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2011). Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Recuperado de http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf

Peterson, L. E. (2009). *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*. Montreal: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático.

Peterson, L. E. y Gray, K. R. (abril, 2003). *International Human Rights in Bilateral Investment Treaty Arbitration*. International Institute for Sustainable Development.

Phoenix Action Ltd vs. República Checa, n.º ARB/06/5 (CIADI, 2009).

Ratner, S. R. (2001). Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *The Yale Law Journal*, *111*.

Reiner, C. y Schreuer, C. (2009) Human Rights and International investment Arbitration. En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 82-96). Oxford: Oxford University Press.

República del Perú vs. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C., n.º ARB/13/24 (CIADI, 2013).

Robert Azinian, Kenneth Davidian y Ellen Baca vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/97/2 (CIADI, 1999).

Salinas Alcega, S. (2006). El derecho al agua como derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados. En A. Embid Irujo (Dir.), *El Derecho al Agua como derecho humano* (pp. 89-135). Navarra: Thomson Aranzadi.

Salinas Alcega, S. (2016). Compatibilité des mesures d'austérité en Europe avec les obligations internationales en matière de droits économiques et sociaux. *Revue du Droit Public*, (4), pp. 1279-1301.

Saur International S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/04/4 (CIADI, 2014).

Sempra Energy International vs. República Argentina, n.º ARB/02/16 (CIADI, 2007).

Siemens A.G. vs. República Argentina, n.º ARB/02/08 (CIADI, 2007).

Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/17 (CIADI, 2006).

Solanes, M. (2011). Riesgos para el interés público: acuerdos de inversión, agua y sus servicios. En Capaldo G. D. (Ed.), *Gobernanza y manejo sustentable del agua* (pp. 221-235). Buenos Aires: Mnemosyne.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. República Árabe de Egipto, n.º ARB/84/3 (CIADI, 1992).

Stone Sweet, A. y Grisel, F. (2009). Transnational Investment Arbitration: From Delegation to Constitutionalization? En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 118-136). Oxford: Oxford University Press.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI, 2005).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/17 (CIADI, 2006).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI, 2007).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI, 2010).

Tanzania Electric Supply Company Limited vs. Independent Power Tanzania Limited, n.º ARB/98/8 (CIADI, 2001).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/00/2 (CIADI, 2003).

Thielbörger, P. (2009). The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict? En P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 487-510). Oxford: Oxford University Press.

Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos. (2003). Recuperado de https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/Tratado-EE.UU-I-OPT2.pdf

UNCITRAL. (2015). *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*. Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

Unión Europea. (1999). Resolución del Parlamento Europeo sobre la adopción de normas por la Unión Europea para las empresas europeas que operan en países en desarrollo: Hacia un código de conducta europeo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, (C 104).

Unión Europea. (2003). *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión sobre la gestión del agua en los países en desarrollo: política y prioridades de la cooperación opara el desarrollo de la Unión Europea*.

Unión Europea. (2011). *Informe del Parlamento Europeo sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras*.

Unión Europea. (2015). Dictamen del Comité Económico y Social sobre La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión. *Diario Oficial de la Unión Europea*, (C 332).

Unión Europea. (2015). *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*. Recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf

United Parcel Service of America Inc. vs. Canadá, UNCITRAL (2002).

Weiler, T. (2004). Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order. *Boston College International and Comparative Law Review*, *27*,(2), pp. 429-450.

DERECHO ADMINISTRATIVO Y ARBITRAJE EN EL DERECHO DE INVERSIONES

Antonio Embid Irujo
Universidad de Zaragoza | España

Los Tratados Bilaterales de Inversión contienen la previsión de arbitrajes para la solución de conflictos entre los Estados y los inversores extranjeros. Una buena parte de la doctrina indica que ello suele llevar consigo afecciones al ejercicio de las clásicas potestades y privilegios propios del derecho administrativo, con lo que padece la protección de los intereses generales. El trabajo concluye que, en todo caso, el derecho administrativo contemporáneo es muy distinto del tradicional y que son concretos laudos los que afectan a la protección de los intereses generales y no, en sí mismo, el sistema previsto en los tratados, aun cuando la amplia variedad de conceptos jurídicos indeterminados que aparecen en ellos conlleva una inseguridad en su aplicación, la cual siempre debe tenerse en cuenta.

1. Introducción general: el debate sobre las limitaciones al derecho administrativo por los procedimientos arbitrales en el marco del derecho de inversiones

Las páginas que siguen deben necesariamente entenderse insertas en el marco de la programación y objetivos de las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas, organizadas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y dedicadas al Derecho Humano al Agua y Derecho de las Inversiones: Trayectorias y Perspectivas. Durante el desarrollo de dichas jornadas, tan sabiamente dispuestas por el profesor Armando Guevara, hubo intervenciones en las que se consideraron aspectos puramente de derecho internacional, mientras que en otras hubo objetivos más propiamente ligados a los derechos públicos internos. Ese es el caso de la conferencia que me correspondió impartir (y de la que estas páginas constituyen el testimonio escrito), la cual proponía observar cómo la regulación del derecho de inversiones en Latinoamérica y, singularmente, lo relativo a los arbitrajes y a su práctica podía afectar al derecho administrativo, es decir, a la plasmación del «derecho del Estado», lo que es lo mismo que decir al ejercicio de las potestades y privilegios que tradicionalmente contiene el derecho administrativo —ese es su más profundo rasgo definitorio— y que solo pueden ser justificadas en el servicio a los intereses generales que el Estado debe llevar a cabo, para lo que se vale de ese derecho administrativo, o sea, de esas potestades y privilegios.

Para entender la propuesta de este trabajo, es necesario partir de una consideración crítica que está presente en buena parte de la doctrina latinoamericana dedicada a estos menesteres, la cual trata acerca de cómo en muchos laudos, resultado de la práctica de arbitrajes relativos a distintos problemas surgidos en torno a las inversiones extranjeras, se ha hecho primar los intereses de las empresas privadas inversoras sobre los intereses nacionales (o generales) que el Estado (o una de las «partes» del mismo, como pueden ser las entidades locales o regionales) representa[1]. O dicho de otra forma, que esos intereses generales —que son los que tradicionalmente tutela el derecho administrativo— no llegan a tener suficiente fuerza de resistencia frente a determinados principios o conceptos presentes en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs en adelante) suscritos entre distintos Estados[2]. Como se indica, es un planteamiento «clásico» en la variada bibliografía latinoamericana y en torno al que, además, se mueven determinadas tendencias —ciertamente fuertes— que pretenden o postulan sustituir el sistema de arbitraje presente en los TBIs por un sistema jurisdiccional de resolución de conflictos entre el Estado y los inversores privados, como ha sucedido en la Unión Europea (UE) en los procesos de elaboración de algunos tratados de inversiones que ahora parecen interrumpidos, no se sabe por cuánto tiempo, y dentro de los cuales se ha propuesto la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones con dos instancias[3].

Según se ha dicho anteriormente, es factible encontrar en determinados laudos de tribunales de arbitraje u órganos arbitrales (utilizaré indistintamente estas expresiones), en especial en laudos del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en adelante, órgano del Banco Mundial[4]),

1 Sobre ese debate, en la doctrina latinoamericana véase Barraguirre (2009), Bohoslavsky (2013), Gordillo (2009), Justo (2015), Saulino (2011), entre muchos otros.

2 El encargo de la tutela de los intereses generales al Estado, a los poderes públicos o a la administración pública es, con distinción de terminología, muy generalizado. Así, por ejemplo, el papel que cumple el art. 103.1 de la Constitución española (CE en adelante) es representado en el Perú por el art. 44 de su Constitución con este texto: «Son deberes primordiales del Estado […] promover el bienestar general».

3 Hasta hace poco, se mantenían negociaciones con los Estados Unidos de Norteamérica para suscribir el llamado TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) del que, aun en el marco de un casi absoluto secreto de las negociaciones (lo que fue objeto de fortísimas críticas en el plano intelectual que abocaron hasta a distintas manifestaciones en el plano político y social), llegó a hacerse público un documento en el que la Comisión Europea proponía la sustitución del arbitraje por un Tribunal Permanente de Inversiones con dos salas: una de primera instancia y otra de apelación. Eso se enlaza con otros tratados que se negociaban en el mismo sentido por la UE (con Canadá y Vietnam). Las negociaciones de ese tratado con los Estados Unidos estaban interrumpidas antes de la toma de posesión del presidente norteamericano Donald Trump; es claro que después de la misma (que tuvo lugar el 20 de enero del 2017), tal tratado, de existir, va a diferir mucho más en el tiempo y es impensable, ahora, cuál será su contenido en relación a estas cuestiones. Al margen de las informaciones y documentaciones de tipo general sobre la situación en el tiempo inmediatamente pasado, véase Cantero Martínez (2016).

4 Sobre este órgano, en general, véase el llamado Convenio de Washington, dedicado al CIADI, del 18 de marzo de 1965 (el 13 de setiembre de 1994 se publica en el Boletín Oficial del Estado el Instrumento de ratificación suscrito por España el 20 de junio de 1994) y que debe considerarse como un complemento de los TBIs (entró en vigor en 1966). Se conoce que algunos países latinoa-

decisiones que obligan a indemnizar a inversores privados como consecuencia de la adopción por parte de estos:

(a) De medidas normativas (leyes o reglamentos) que afectan a inversiones anteriores o
(b) De determinadas decisiones dispuestas por el Estado o por el poder público interno que tiene relaciones con el inversor, normalmente concesionario de servicios públicos que son titularidad del primero, que vinculan al contrato empeorando la situación inicial (la derivada del derecho existente cuando se produjo la inversión) del inversor privado.

Como se indicaba, existen distintos trabajos que critican estas decisiones de los órganos arbitrales[5], elevando sus críticas a los mismos TBIs[6] porque se dice que ellos:

(a) Limitan de esa forma la autonomía del regulador, que tendría miedo a la hipotética futura demanda arbitral y a la posible indemnización que podría derivarse del laudo que se dictara y, por ello, no adopta decisiones (lo que se conoce vulgarmente como «enfriamiento regulatorio»);
(b) Pueden conducir a un tratamiento desigual del inversor nacional (que no sería indemnizable como consecuencia de la adopción de medidas que le afectarían de idéntica manera) en relación al extranjero (que sí sería indemnizable y por las mismas decisiones);
(c) Crean un derecho internacional no convencional del que se deriva un tratamiento en el mismo plano del Estado y del inversor privado. Los TBIs, de esta forma, olvidarían la soberanía del Estado, en cuanto se impediría

---

mericanos, molestos por ciertas decisiones del CIADI, han denunciado el Convenio de 1965 (lo han hecho Bolivia en el 2007, Ecuador en el 2009 y Venezuela en el 2012), lo que no significa que queden eximidos desde entonces de la actuación de este órgano, dado que existe una prolongada ultractividad del mismo según los textos de los TBIs que remiten a él. En lo sucesivo, el Convenio de 1965 se citará como Convenio del CIADI.

5 Normalmente, el objeto de las críticas es la actividad del CIADI, aunque existen otras entidades que pueden ser sede de órganos arbitrales, como la Cámara de Comercio de Estocolmo, a la cual, por cierto, se ha encargado la resolución de distintos conflictos suscitados en España por las sucesivas nuevas regulaciones de las energías renovables que, en opinión de algunos, han recortado las garantías iniciales que se otorgaban a los inversores. Por cierto que la primera resolución de este conflicto, el laudo del 21 de enero del 2016 dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, representa un completo triunfo del Estado español sobre los demandantes de arbitraje y, desde el punto de vista que subyace a este trabajo, un reconocimiento de las potestades del Estado español para cuidar de los intereses generales. En contra y con argumentos a favor de los inversores, véase Alenza García (2016, p. 29, nota 17). Esta cuestión abriría la posibilidad de adentrarse en el ámbito del llamado «riesgo regulatorio», en el que no se va a incidir debido al muy concreto objetivo de estas páginas.

6 También hay opiniones contrarias, basadas en éxitos nacionales (el caso del Perú), en las demandas a las que un Estado es sometido ante el CIADI. Sobre el particular, véase Saco (2016). Sobre el mecanismo arbitral para la resolución de conflictos inserto dentro del conjunto del derecho de inversiones, véase el magnífico libro de Dolzer y Schreuer (2012, pp. 234 y ss.).

que fueran los propios tribunales nacionales los que conocieran de tales conflictos[7].

Conviene reparar en esta última cuestión relacionándola con la finalidad que guía a los TBIs, al prever el sistema de arbitraje y remitir a determinados órganos arbitrales (como el CIADI): se trata de asegurar o fomentar la inversión extranjera ofreciendo a los posibles inversores la garantía de no estar sometidos a sistemas judiciales y procedimientos judiciales internos, en cuanto que estos no les garantizarían suficiente seguridad y, por tanto, si esa fuera la única posibilidad de resolución de conflictos, el efecto que se produciría es la reducción, limitación o supresión de las inversiones extranjeras en el país que no se hubiera acogido en sus disposiciones (por ejemplo, en los TBIs) al sistema arbitral y, además, al arbitraje realizado por una entidad colocada fuera de las fronteras nacionales. En ese sentido, no cabe duda de que en ciertos casos puede existir legítimamente el temor de que se produzcan expropiaciones (directas o indirectas) no motivadas en su propia finalidad, sobre todo en regímenes no plenamente democráticos o propios de sistemas judiciales en los que no se asegura la independencia judicial, con la consiguiente falta de protección por parte del sistema judicial interno de dichas actuaciones estatales.

La apelación a órganos arbitrales se agudizó en Latinoamérica tras las privatizaciones sucedidas en la década de 1980 y las que siguieron del pasado siglo (aplicación práctica del llamado Consenso de Washington), lo que supuso poner en manos de inversores extranjeros la gestión de muchos servicios públicos con una incidencia especial en los servicios públicos vinculados al abastecimiento de agua y al saneamiento[8]. Son estos inversores extranjeros los que, en algunos casos, reaccionando contra determinadas decisiones del Estado (normativas) o de la entidad pública contratante (municipios o entes regionales), interponen demandas arbitrales de las que, en ocasiones, surgen obligaciones de indemnización como consecuencia de los laudos correspondientes, lo que origina las críticas doctrinales (y de algunos Estados) que ya se han referido. En particular y en lo relativo a los servicios públicos de agua y saneamiento básico, se ha llegado a expresar cómo ello puede afectar la realización práctica del derecho humano al agua[9], en

7 En este argumento radicaría el principal reproche de la doctrina que sintetiza el problema en los TBIs, y no en los laudos. Es bueno recordar aquí, otra vez, la información anterior acerca de la denuncia por parte de algunos Estados del Convenio del CIADI por la actuación de algunos órganos arbitrales nombrados, como dispone dicho convenio.

8 Desde hace algunos años, se ha producido un fenómeno contrario: la retirada de inversores extranjeros de la gestión de determinados servicios públicos de agua y saneamiento en distintas ciudades de Latinoamérica (el ejemplo de Buenos Aires es muy representativo, pero hay otros muchos), lo que hace predecir para el futuro la menor apelación a sistemas de arbitraje (por la menor incidencia de conflictos) y, por tanto, la también menor incidencia de laudos contrarios —en teoría— a los intereses del correspondiente Estado.

9 Véase Justo (2015). Igualmente, Nino (2009) con el estudio de algún laudo especialmente significativo en este sentido (pp. 343 y ss.). Se cita la problemática del derecho humano al agua por ser clave

cuanto que el mismo no gozaría de ninguna consideración o protección en los TBIs, que solo atenderían en sus preceptos a la protección de la inversión extranjera (en el caso concreto de los servicios públicos de abastecimiento de agua y saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas del gestor del servicio público correspondiente).

El fenómeno, a pesar de estar centrado en Latinoamérica, tiene un alcance mucho mayor, al margen de los estrictos límites geográficos. Los TBIs son múltiples (decenas de miles) y suscritos por Estados que no son solo latinoamericanos, obviamente[10], por lo que pueden plantearse ejemplos de tratados que pretenden ser suscritos por organizaciones supraestatales, como el caso ya mencionado de la UE[11].

Estos son los problemas y preocupaciones que enmarcan la reflexión contenida en estas páginas. Para responder a la pregunta o incitación hecha hacia mí por parte de los organizadores de estas jornadas al incluir en su programación esta conferencia acerca de las limitaciones que el derecho administrativo sufriría como consecuencia de la «amenaza» que la apelación a una instancia arbitral y su posible indemnización tendría para el ejercicio de las potestades o privilegios propios de este, conviene comenzar por tener en cuenta que el derecho administrativo de esta segunda década del siglo XX no es, en general y al margen de la situación de cada país, el mismo que existía cuando tuvo lugar la suscripción de la mayor parte de estos TBIs (décadas de 1980 y 1990). El derecho administrativo ha perdido progresivamente muchos de sus rasgos «autoritarios», sobre todo por la presencia cada vez más decisiva de los derechos humanos o fundamentales, los cuales son de titularidad de los sujetos sobre los que se deberían ejercitar, por parte de las administraciones o entidades públicas, estas potestades o privilegios propios del derecho administrativo. De otro lado, se ha avanzado muchísimo en la extensión del control judicial de las decisiones de dichos poderes públicos, así como en la creación de condiciones necesarias para que el Poder Judicial sea independiente en sus relaciones, siempre complejas, con el Poder Ejecutivo[12]. Las condiciones ju-

---

en los razonamientos doctrinales que se hacen sobre el particular, pero sin que se pretenda en lo más mínimo entrar en este trabajo en una consideración de su contenido, formas prácticas de realización, etc. No hay que desconocer, en todo caso, que este es un tema de máxima actualidad desde hace más de una década en la práctica política y social, al igual que en la literatura jurídica especializada.

10 España, por ejemplo, ha suscrito decenas de esos tratados, los mismos que pueden consultarse en la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores.

11 Tal como se ha señalado, «pretenden ser suscritos», y ya se ha indicado anteriormente los inconvenientes, en este momento insalvables según mi parecer, que arroja el TTIP, el tratado a suscribir con los Estados Unidos de América. Ya antes la ratificación del texto (tuviera el contenido que tuviera) parecía difícil por razones puramente prácticas, al haber acordado la Comisión Europea que el tratado con Canadá (antecedente del TTIP) se sometiera a la aprobación de los parlamentos nacionales por considerarse un «acuerdo mixto» (decisión adoptada el 5 de julio del 2016). Para consultar una crítica a dicha decisión en la se apunten las consecuencias por las que sería difícil la suscripción de tal tratado debido a las múltiples decisiones parlamentarias que deberían adoptarse, véase Sosa Wagner y Fuertes (2016).

12 En algunos Estados latinoamericanos, el poder de los tribunales mostrado en casos concretos ha llegado a ser más que notable. Limitándose la búsqueda solo a las decisiones que guardan relación exclusiva con los sistemas de agua y saneamiento, basta con citar la sentencia *Mendoza* (2007) de la Corte Suprema de Justicia Argentina, que ha obligado a la federación, a la provincia de Buenos

rídicas que enmarcan la práctica de los arbitrajes son, por tanto, bastante distintas de las que existían en el momento de la suscripción de los TBIs (ya no digamos del Convenio del CIADI) y también durante los tiempos que vieron la emanación de buena parte de sus laudos. A continuación, se pasará revista a las líneas básicas de esa evolución como paso previo al examen de algunas de las prescripciones de los TBIs, eligiéndose aquellas más conectadas con el funcionamiento de los tribunales u órganos arbitrales.

2. Algunas menciones a la evolución del derecho administrativo: la progresiva pérdida de determinados rasgos autoritarios

El supuesto conceptual sobre el que se apoya el desarrollo de estas páginas es la adopción de medidas por parte del «regulador» (esta palabra se utiliza aquí con un sentido equivalente al de «legislador» o al de «titular de la potestad reglamentaria») que afectan a la gestión de los servicios públicos o a la adopción de decisiones por parte del contratante (o sea, del titular del servicio público) que afectan al mismo (modificaciones o interpretaciones contractuales, congelaciones de tarifas etc.), perjudicando, al menos en teoría, la posición del inversor privado extranjero que acudiría al procedimiento arbitral para la defensa de sus intereses. La amenaza real o práctica del arbitraje y la posibilidad de que en el laudo se acordara una indemnización limitaría, se dice, el ejercicio de las potestades administrativas (se produciría el «enfriamiento regulatorio»), siendo una restricción injustificable que impediría al poder público, en cada caso competente, tutelar los intereses generales por el miedo a la posible indemnización que pudiera derivarse de la adopción de tales medidas.

Pues bien, la pregunta así formulada es enteramente legítima, pero hay que tener en cuenta una evolución del derecho administrativo muy marcada en los últimos años que, en relación estricta a las cuestiones sobre las que se debe discurrir en este lugar, tendría las siguientes variables presentes en muchos países, aunque no en todos ellos con idéntica intensidad o concepción de la regulación normativa[13]:

Aires y a la ciudad autónoma de Buenos Aires a la emanación de leyes, a la creación de un organismo de cuenca (conjunto), a la realización por ese organismo de cuenca de un plan hidrológico que debe supervisar el poder judicial (el juez de Quilmes). En el ámbito colombiano, la decisión del consejo de Estado de Colombia del 2014 relativa al río *Bogotá*, muy inspirada en la sentencia argentina *Mendoza*, ha obligado también a los poderes públicos a realizar actividades normativas y ejecutivas (si bien todavía de mucha menor entidad que en el caso argentino). Todo ello en función de la preservación del medio ambiente, afectado por la no depuración de las aguas, deficiencias en la gestión administrativa, vertidos incontrolados, etc. Cabe aquí, perfectamente, aludir al «activismo judicial», activismo, eso sí, fomentado por una prolongadísima inactividad de los poderes públicos correspondientes. Sobre la sentencia *Mendoza* y sus múltiples consecuencias véase, de forma sobresaliente, a Cafferatta (2012).

13 Dada la índole general de las cuestiones que se van a ir especificando a continuación en el texto, se entenderá que no se contengan referencias bibliográficas o jurisprudencias, máxime, además, teniendo en cuenta la pluralidad de regímenes jurídicos de distintos Estados que deberían considerarse. En este caso, podríamos decir que se estarían sintetizando las líneas maestras del «derecho administrativo global», en la que, para algunos, se insertaría el derecho de las inversiones públicas (Navarro, 2016), aun cuando ello sería discutido por otros (Gordillo, 2012). Sobre el derecho ad-

(a) Es la primera extensión del control judicial de la Administración, creciente en cantidad y calidad, con fuertes limitaciones a la discrecionalidad y con clara prohibición de la arbitrariedad[14]. Todo ello, además, vinculado al ejercicio de los derechos fundamentales por quienes apelan a la jurisdicción (derecho a la tutela judicial efectiva en la expresión española —en el artículo 24 de la CE—, la cual también existe en otros lugares), así como en el papel concedido a otros derechos[15] y orientándose la organización judicial hacia un Poder Judicial independiente del resto de poderes del Estado, singularmente del Ejecutivo.

(b) Ello tiene consecuencias o corre de forma paralela al proceso de ir concluyendo con distintas manifestaciones «autoritarias» del derecho administrativo según la evolución que adopta el derecho aplicable o la práctica judicial en cada Estado. En ese sentido, pueden enumerarse aquí distintas manifestaciones del fenómeno que se trata, como la posibilidad de discutir en el ámbito de la expropiación forzosa la misma utilidad pública o el supuesto material (los bienes, por lo general inmuebles) en los que se concreta esta, las fuertes restricciones a las posibilidades administrativas de modificaciones unilaterales de los contratos, o las aperturas en la tradicional inembargabilidad de los bienes públicos, dejando al margen de cualquier posibilidad de embargo a los vinculados a los servicios públicos[16].

(c) La aplicación de la posibilidad de indemnización (responsabilidad) incluso a las decisiones de alta política («actos políticos», como son usualmente llamados), cuando estas causen daño.

(d) La pérdida del monopolio regulatorio (en el sentido normativo) del Estado en determinadas materias en favor de posibilidades de autorregulación (incluso cuando ella sea controlada o regulada por el poder público) de los actores privados del sector económico correspondiente.

Es en el marco de una evolución como esta en el que se desarrolla el actual derecho administrativo, en general y otra vez llamando la atención sobre las singularidades de cada país, y es en este marco, también, en el que los órganos arbitrales deben desarrollar su función. Con pleno conocimiento de estas características, así como de la doctrina que enjuicia críticamente determinados laudos por limita-

---

ministrativo global, en general, véase Cassese (2009), KIngsbury y Stewart (2016). En relación al derecho de las inversiones como parte del mismo, véase a Kingsbury y Schill (2009).

14 Se reitera aquí lo anteriormente señalado con ejemplos de los tribunales supremos de Argentina y Colombia.

15 Como el derecho humano al agua, en todos aquellos problemas que se relacionan con los servicios públicos de abastecimiento y saneamiento de aguas, del que se ha mencionado que es un ámbito en el que se han desarrollado, especialmente, los laudos arbitrales debido a la fuerte presencia de inversión privada en Latinoamérica en este campo, como consecuencia de las políticas privatizadoras que se desarrollaron desde la década de 1980 del pasado siglo.

16 Como podrá advertirse, se ha elegido ejemplos de partes de algunas instituciones que guardan estrecha relación con la práctica real del régimen jurídico de las inversiones extranjeras en cualquier país, sobre todo de aquellas que se relacionan con la gestión de servicios públicos.

tivos de las posibilidades del «derecho administrativo», se debe conocer también que el derecho administrativo «clásico» ha perdido muchas de las características con que se apoderaba del ejercicio de las tradicionales potestades y privilegios en función de una evolución que tiene, con todas las dificultades que puedan observarse en los distintos Estados, una dirección inequívoca en el sentido de pérdida de la supremacía habitual —e indiscutida— del poder público sobre las posiciones jurídicas de los particulares.

Ese conocimiento recíproco es imprescindible para realizar un mejor trabajo por parte de los tribunales de arbitraje u órganos arbitrales, el cual se basa en el conocimiento de lo que el derecho interno hubiera podido prescribir para la resolución de un supuesto como el que se somete a su consideración y, además, y desde otra perspectiva, para que las críticas que puedan producirse en relación a determinados laudos no se hagan en nombre de unas regulaciones o consecuencias que se deducirían de un derecho administrativo ideal (o, en todo caso, un derecho administrativo del pasado), sino del que existe en el momento histórico en el que el laudo aparece.

Y tras todo ello, una vez realizado este sucinto pero expresivo resumen de las tendencias principales en el desarrollo del actual derecho administrativo, es momento de observar cómo los TBIs enmarcan el derecho de las inversiones extranjeras y las líneas directrices que pueden deducirse en relación a la actividad de los tribunales u órganos arbitrales. El objetivo del siguiente apartado del trabajo es considerar cómo las prescripciones de dichos TBIs no conducen por sí mismas a un desconocimiento de los intereses generales, al «enfriamiento regulatorio» o a las indemnizaciones derivadas de cualquier medida alteradora de unas condiciones iniciales de las inversiones, sino que, si ello se produce, será consecuencia de los concretos laudos y de su capacidad interpretativa de unas prescripciones de los TBIs que se configuran muchas veces de una manera excesivamente amplia (indeterminada), llamando de forma natural a la interpretación del órgano resolutorio del conflicto.

3. Los Tratados Bilaterales de Inversión y el arbitraje para la resolución de conflictos entre los Estados y los inversores privados. El estatuto de los inversores privados extranjeros

Se mencionó anteriormente que existen decenas de miles de tratados de inversiones, lo que indica que no hay mente humana capaz de leer —o sea, de estudiar, comprender y sistematizar— todos ellos; sin embargo, puede hacerse un resumen sin que para ello sea necesaria la consulta de todos los TBIs, ya que los contenidos que interesan son, en lo esencial, muy semejantes[17]. Sobre dichos contenidos y teniendo en cuenta que el arbitraje es, usualmente, la solu-

17 No obstante y en función de la sede de las jornadas mencionadas al comienzo del trabajo, he tenido especial interés en consultar el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Perú (APPRI en adelante en este trabajo) del 17 de noviembre de 1994. Igualmente, el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994 (TCE en adelante) es de singular interés en España debido a las múltiples demandas arbitrales que se han producido, basadas en el mismo, con motivo de las sucesivas regulaciones sobre las energías renovables.

ción que se ofrece para la resolución de conflictos entre los Estados y el inversor extranjero, y desde la perspectiva del papel final que, hipotéticamente, deberá representar el laudo del órgano arbitral, podrían, por deducción, establecerse las siguientes líneas generales:

(a) En principio, los TBIs se sitúan en una órbita ideológica muy concreta: son necesarios para estimular las inversiones extranjeras tal y como sus mismos preámbulos suelen indicar. Así, en el expositivo del APPRI se dice que «reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo», expresión que se une a otras también dirigidas a fundamentar su aparición. Los TBIs existen, pues, para que la inversión extranjera se desarrolle en mejores condiciones que sin ellos.

(b) El derecho aplicable por los órganos arbitrales se centra, inicialmente, en las normas de derecho acordadas por las partes (art. 42 del Convenio del CIADI). No obstante, si no hay acuerdo, el órgano o tribunal arbitral aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia «incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables» (art. 42.1). Nótese que no se excluye expresamente la aplicación de normas o principios del derecho público interno del Estado, sino que estas normas deben entenderse como incluidas en el ámbito de conocimiento del órgano arbitral, aun cuando las principales referencias, ello es obvio, son al derecho internacional, sea privado o público.

(c) Los TBIs contienen determinados principios generales sobre el trato al inversor extranjero que deben dar los Estados suscribientes, lo que quiere decir, obviamente, que los tribunales u órganos arbitrales decidirán si en el caso concreto se ha respetado ese trato prescrito normativamente. Así, en el TCE se habla de crear «condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes» para que se realicen inversiones y, en todo caso, los Estados que suscriban el TCE adopten el «compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras partes contratantes un trato justo y equitativo» (art. 10.1 del TCE). Igualmente, en el art. 4.1 del APPRI se indica que «cada parte contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte contratante».

De la misma forma, en los TBIs aparece la obligación de no conceder menos ventajas al inversor extranjero que las que estén establecidas para los inversores nacionales, y que se debe otorgar el mismo trato a los inversores de una parte contratante que el mejor que se otorgue a los de la otra parte contratante (en esos términos se expresa el art. 4 del APPRI, que es, como se habrá advertido, la referencia a la tradicional «cláusula de nación más favorecida»).

(d) Singular importancia tiene la amplia configuración que se realiza en los TBIs del concepto de inversión. El art. 1.2 del APPRI dice que se entiende por tal «todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión». De igual manera, puede consultarse el art. 1.6 del TCE, que entiende por inversión «cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor».

(e) Una de las actuaciones más «temidas» por los inversores extranjeros es la puesta en marcha de la potestad expropiatoria por parte de los poderes públicos del país. El contenido de los TBIs no puede escapar a esa preocupación natural, y por ello contienen menciones tanto a la expropiación directa como a la indirecta (la cual tiene efecto equivalente a la directa aun no revistiéndose, en apariencia, del carácter de tal expropiación) para prohibirlas por principio, excepto cuando tengan lugar bajo un determinado régimen jurídico. De esta forma, el art. 13.1 del TCE indica que las inversiones de los inversores de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante no serán objeto de «nacionalización, expropiación o *medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como "expropiación")*, excepto si dicha expropiación se lleva a cabo» [énfasis añadido]. A continuación de esta cita sigue una suerte de «estatuto jurídico» de la legitimidad de tal expropiación o nacionalización, la cual consiste en afirmar que dicha legitimidad se dará si la expropiación se lleva a cabo:
   - Por un motivo de interés público;
   - De manera no discriminatoria;
   - Con arreglo al debido procedimiento legal y
   - Mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva (obsérvese que no se exige expresamente que la indemnización sea previa), siendo el criterio para fijar esta indemnización el del «justo valor de mercado». En términos semejantes se expresa el art. 5 del APPRI[18].

(f) Sin embargo, el régimen jurídico de la inversión hasta ahora indicado debe complementarse con la libertad del inversor de transferir las rentas o los rendimientos de las inversiones, libertad que deben otorgar las partes contratantes mediante unas concretas condiciones para la transferencia y que aparecen en los mismos TBIs (art. 7 del APPRI y art. 14 del TCE).

(g) Otro tema interesante es el relativo a la ejecución de los laudos. El principio es muy claro: cada parte contratante se compromete a ejecutarlos de acuerdo con su legislación nacional (art. 9.4 del APPRI), precisándose en el art. 54.1

18 Un supuesto singular es el de si una medida impositiva puede ser considerada una expropiación. La cuestión es compleja y tiene distintas regulaciones sobre las que no se ahondará en este trabajo, remitiéndose, a título ejemplificativo, a lo consignado en el art. 13 del TCE.

del Convenio del CIADI que «todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado». En ese ámbito de la ejecución, podemos encontrar precisiones adicionales en el art. 26.8 del TCE, que reza de la siguiente forma:

> […] los laudos arbitrales relativos a una medida de un gobierno o autoridad de rango inferior deberán dar a la Parte contratante la opción de indemnizar pecuniariamente en lugar de cualquier otra reparación. Las Partes contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos, y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de éstos en su territorio.

(h) Con todo lo dicho hasta ahora, se puede convenir en el papel fundamental del arbitraje y de los laudos arbitrales para solucionar los conflictos que puedan surgir entre los Estados suscribientes de los TBIs y los inversores extranjeros. Según se ha podido observar, la regulación de los TBIs está repleta de conceptos jurídicos indeterminados: inversión, transferencia o trato justo y equitativo. Lo que cada uno de esos conceptos signifique en cada caso específico deberá ser decidido por el tribunal u órgano de arbitraje, y podrá construirse, ejemplificativamente, con menciones a otros laudos, pero no deberá olvidarse de ninguna forma que no existe en este ámbito arbitral un concepto de jurisprudencia como el que se maneja para tratar de la doctrina repetida por parte del Tribunal Supremo (como se indicaría con referencia al derecho español) y que, de alguna forma, vincularía a los tribunales inferiores y prefiguraría decisivamente la forma de resolver un conflicto por parte del mismo Tribunal Supremo. Esto no existe en el campo arbitral, ni en relación a anteriores laudos procedentes del mismo colegio ni de otros que hubieran tratado supuestos semejantes, por lo que existe una dificultad innegable en este terreno que arroja, obviamente, inseguridades a los sometidos a la justicia arbitral, ya sea que se trate del Estado como del inversor privado extranjero[19].

Así, se puede concluir que la composición de los órganos arbitrales que deben decidir sobre cada supuesto parece fundamental. En ese sentido, parece obvio que deberá buscarse una calidad técnica de los árbitros innegable o difícilmente discutible, lo que se deberá traducir en un conocimiento del Derecho propio del Estado sobre el que se trata (derecho administrativo, singularmente), así como de experiencia contrastada en el arbitraje o en el conocimiento de los problemas (y su forma de resolución) en la «doctrina» establecida en laudos anteriores (incluso cuando

19 Puede adivinarse que esta es, entre otras, una de las razones que podría justificar la pretensión de sustituir el sistema arbitral por un Tribunal Permanente de Inversiones, el cual, como ya se ha señalado, era un objetivo pretendido por la UE en sus negociaciones con Estados Unidos para la firma del TTIP.

no pueda considerarse jurisprudencia, como en el caso de los tribunales). Los TBIs no son en esto muy expresivos, lo que no es un mérito, precisamente. En cambio, puede desprenderse, para cuando no haya acuerdo de las partes, una suerte de «deferencia» de los TBIs entregada a aquellos órganos encargados de designar a los componentes de los órganos arbitrales, como sucede en el caso del CIADI.

En el supuesto de la problemática que se trata en el ámbito del CIADI, hay que distinguir dos momentos: la formación de las listas de árbitros y la designación del Tribunal de Arbitraje. En relación al primer momento, el art. 14 del Convenio del CIADI pone algunas condiciones a la hora de la formación de las listas de árbitros, para los que se pide que gocen de «amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio». Entre todas esas cualidades, se hace una incidencia especial en que «la competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros» y al presidente del CIADI (que es el presidente del Banco Mundial, por lo que se debe tener plena conciencia de esta característica) se le encomienda cuidar de que en dichas listas «estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica».

Entre los componentes de las listas, se designan los árbitros, aun cuando excepcionalmente se pueden designar personas que no estén incluidas previamente en las listas. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos (que es el principio preferente del que parte el Convenio), el Tribunal de Arbitraje se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte, y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo, además de que podrá haber intervención para el nombramiento por parte del presidente del CIADI cuando se den determinadas circunstancias, para lo que en el Convenio se regulan condiciones suplementarias (arts. 37-40 del Convenio).

De todo ello podríamos llegar a establecer una suerte de «estatuto», en el sentido de «derechos» de los inversores privados extranjeros, basado en las siguientes notas que, considero, pueden deducirse directamente de los TBIs:

(a) Derecho a un tratamiento justo y equitativo
(b) Derecho a recibir el mismo tratamiento que los inversores nacionales
(c) Derecho a recibir una indemnización en caso de medidas de expropiación (incluyendo las llamadas expropiaciones «indirectas»)
(d) Derecho a la libre transferencia de rentas
(e) Derecho a recibir el tratamiento dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (la clásica cláusula de razón más favorecida)
(f) Derecho a acudir a un tribunal u órgano arbitral en el caso de sentir afectados sus derechos e intereses por medidas adoptadas por un poder público de un Estado suscribiente del TBI.

Pero, desde luego, lo que no forma parte del contenido de los TBIs son los derechos humanos o fundamentales, o cualquier referencia, aun indirecta a los mismos. Asimismo, tampoco hay referencias a la existencia de potestades administrativas o al ejercicio de las mismas por los correspondientes poderes públicos más allá de lo que pueda querer interpretarse por las menciones que en los TBIs puedan existir (y existen, como ya hemos visto) a la aplicación del derecho interno de los Estados, derecho interno en el que sí que existiría, en la mayor parte de las ocasiones, al menos, un ordenamiento jurídico de los derechos humanos o, incluso, a través de los mismos a instrumentos de derecho internacional en los que pudieran contenerse y que deberían ser inequívocamente respetados por los tribunales u órganos de arbitraje, en cuanto se incluyen dentro del «derecho internacional», al que sí remiten los TBIs.

En todo caso, lo que debe destacarse necesariamente es que en numerosas ocasiones los textos de los TBIs son poco precisos, están llenos de conceptos jurídicos indeterminados (las referencias al tratamiento justo y equitativo, sin ir más lejos, son plenamente insertables dentro de esa categoría de conceptos, y no son las únicas) y necesariamente es el laudo (es decir, el resultado del trabajo del tribunal de arbitraje u órgano arbitral) el que debe dotarles de sentido para decidir acerca de si se ha violado el «estatuto» del inversor privado extranjero y acordar, consiguientemente, la indemnización o medida que proceda. La conclusión natural acerca de la necesidad de que los árbitros conozcan el derecho interno del Estado correspondiente (y dentro de él, el derecho administrativo y, sobre todo, el proceso de su evolución) es innegable y, además, debería ser innegociable en la formación de la relación de árbitros que, posteriormente y tras el correspondiente nombramiento, fueran a integrar el colegio arbitral[20].

4. Un ejemplo de arbitraje respetuoso con la capacidad conformadora del poder público: el laudo del 21 de enero del 2016 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

Tras todo lo anterior, creo que se está en disposición de apreciar el valor que tiene el laudo del 21 de enero del 2016 dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. El laudo es el resultado de la demanda de dos sociedades mercantiles (una holandesa y otra luxemburguesa) que se sienten afectadas por el Real Decreto 1565/2010 y por el Real Decreto-Ley 14/2010, las mismas que han limitado las horas de producción y los años con derecho a tarifa (tarifa favorable con prima a favor de los productores) en relación a las horas de producción y la tarifa que existían en España en el momento de su inversión. El demandado, es claro, es el Estado español y el elemento normativo que se toma como base para establecer la doctrina es el Tratado de la Carta de la Energía del 17 de diciembre de 1994, y dentro de él, sobre todo, los arts. 10.1, sobre el trato justo y equivalente; 13.1, que prohíbe la nacionalización, la expro-

20 Se redacta este párrafo en general, sin referencia al Convenio del CIADI en cuanto se considera que lo que en él se dice sería fácilmente aplicable a cualquier órgano al que remitieran los TBIs.

piación o las medidas de efecto equivalente; y el art. 16, que contiene el concepto de inversión.

Lo primero que afronta la Corte de Arbitraje es si las medidas que contienen esos textos son equivalentes a una expropiación (que es lo prohibido), para lo que comienza afirmándose que para que una pérdida de valor sea equivalente a una expropiación tiene que ser de tal magnitud que equivalga a una privación de propiedad (punto 464 del laudo).

En función de ese punto de partida previo, se niega que se esté ante una expropiación por la magnitud, escasa a juicio de la Corte, de las medidas adoptadas. En ese sentido, se afirma que «una simple disminución del valor de las acciones objeto de la inversión, no puede por tanto caracterizar una expropiación indirecta, a menos que la pérdida de valor sea tal que se pueda considerar equivalente a una privación de propiedad» (punto 465).

En relación a si ha existido o no un trato justo y equivalente del inversor extranjero y al reproche de los demandantes de que España, al variar el marco regulatorio, condenó a la inversión «a una inestabilidad regulatoria que continúa a día de hoy» (punto 479), se afirma que para ver si ello es cierto hay que examinar si existían «expectativas legítimas» del inversor (punto 486). Para ello, se indica que las expectativas legítimas solo pueden derivarse de «compromisos específicos dirigidos a él personalmente» (punto 489) y ello no se dio en el caso, pues un folleto publicitario de captación de inversión «no es un compromiso específico personal» (punto 496). Y en el marco de ello, se incluye un párrafo al que se considera esencial reproducir textualmente, pues está dentro de la línea defendida por este trabajo. De esa forma y con referencia a otra decisión arbitral, se indica en el punto 502 del laudo lo siguiente:

> Asimismo, el tribunal del caso El Paso c. Argentina opinó que si se admitiera la fórmula frecuentemente reiterada que postula que 'la estabilidad del marco jurídico y de negocios es un elemento esencial de trato justo y equitativo' las leyes jamás podrían modificarse: este simple enunciado demuestra su irrelevancia. Este estándar de conducta aplicado estrictamente, no resulta realista, ni tampoco es el objeto de los TBI que los Estados garanticen que las condiciones jurídicas y económicas en las que se realiza una inversión se mantendrán inalteradas ad infinitum" […]. *En otras palabras, el Tribunal no puede seguir la línea jurisprudencial que determinó que el trato justo y equitativo implicaba la estabilidad del marco jurídico y de negocios. La evolución es un elemento intrínseco de la vida económica y jurídica*. [énfasis añadido]

Esta necesaria adaptación era especialmente previsible en el caso español tal y como estaba configurado el ordenamiento jurídico (punto 505).

Una adaptación que, se resalta específicamente por la Corte, no ha suprimido la existencia de una retribución razonable de la inversión (punto 530), no valiendo las razones exhibidas por los demandantes en relación al mantenimiento original de las horas anuales elegibles para la tarifa privilegiada ni los años con derecho a

tarifa favorable. En todo caso, además, las nuevas normas aprobadas lo han sido con criterios razonables y objetivos (punto 534). La conclusión final es la siguiente:

> En síntesis, el Tribunal estima que las normas del 2010 no pueden ser consideradas como violatorias del Tratado de la Carta de la Energía. Dichas normas, en efecto, introducen modificaciones limitadas al marco regulatorio existente en el momento de la inversión, sin suprimir sus características esenciales, y en particular la existencia de una tarifa garantizada a lo largo de la vida útil de las instalaciones. Las demandantes no han demostrado que, al ser irrazonables, arbitrarias, contrarias al interés público, o desproporcionadas, las normas del 2010 fueran violatorias de sus expectativas legítimas bajo el Tratado de la Carta de la Energía. Tampoco existe demostración alguna de que dichas normas fueran injustas o incoherentes. Por fin, las demandantes no han demostrado que las normas del 2010 hubieran sido adoptadas en violación del debido proceso legislativo y reglamentario español. (punto 539)

5. Conclusiones

A continuación, se dará respuesta a las inquietudes generales que orientaban la programación de estas jornadas, y se hará en forma de conclusiones parciales sucesivas:

(a) El problema jurídico que se plantea, en realidad, no es la existencia del arbitraje o las reglas concretas que para los arbitrajes figuran en los TBIs o en los tratados o convenios a los que remiten para la formación del colegio arbitral y de la práctica del arbitraje; esas reglas, en general, son aceptables. El problema puede derivarse del contenido de algunos laudos concretos.

(b) La existencia de un sistema de arbitraje no lleva consigo la prohibición de tener en cuenta el derecho interno del Estado o, en concreto, el derecho administrativo. Las reglas presentes en los TBIs lo permiten. Igualmente, no está excluido que los tribunales u órganos arbitrales deban tener en cuenta los derechos humanos, aunque no se mencionen en los TBIs expresamente, porque los derechos humanos son parte del derecho interno del Estado en muchos casos, y en otros forman parte de instrumentos de derecho internacional suscritos por los Estados. La remisión de los TBIs al derecho internacional incluye, inequívocamente, también a los tratados que reconocen o proclaman los derechos humanos.

(c) De la misma forma que en la doctrina, se citan laudos que desconocen las potestades de los Estados; existen otros que claramente reconocen la facultad conformadora de los Estados y la posibilidad de variar el ordenamiento jurídico existente en el momento de realizarse la inversión extranjera, no reconociendo, en ningún caso, el derecho a la petrificación del ordenamiento jurídico. El laudo del 21 de enero del 2016, del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo (procedimiento de arbitraje 062/2012), en relación al régimen jurídico de las energías renovables, cuya modificación

era combatida por algunos inversores privados extranjeros en dicho sector en cuanto que les habría causado perjuicios económicos, es una excelente muestra de lo que se indica[21].

(d) El control de la actuación pública que se realiza en los laudos arbitrales es enteramente lógico y congruente con las premisas del Estado de derecho. Ese control se realiza de ordinario por los tribunales de justicia, en una línea creciente de perfeccionamiento que es una de las características del actual derecho administrativo, pero igualmente puede ser llevado a cabo por parte de los órganos arbitrales.

(e) En esas circunstancias, la selección de árbitros aparece como un elemento sustancial, imprescindible, para el correcto funcionamiento del sistema. No solo debe exigírseles el conocimiento de las reglas del derecho internacional, sino también del derecho público interno del Estado correspondiente, así como una adecuada formación en el funcionamiento de los servicios públicos.

(f) Aparece también como tema esencial el de la preservación de una posición de igualdad entre el inversor extranjero y el inversor nacional, igualdad a la que, en determinadas circunstancias, se podría afectar, según se interpretaran, las reglas de los TBIs. Un adecuado derecho interno de la competencia y su aplicación pueden favorecer decisivamente la consecución de esta igualdad.

(g) El derecho de las inversiones forma parte inequívoca del derecho administrativo global, pero debe existir una clara restricción al leer este derecho exclusivamente desde la perspectiva de la indemnización y de la preservación de las condiciones originales que rodearon la inversión. El derecho de la inversión es un derecho global, no solo el derecho de la garantía, sin acotaciones, de una inversión. Se debe evitar por todos los medios que se haga realidad una regla que nunca ha sido escrita, pero que muchos desearían ver plasmada al menos en la práctica, y que podría formularse así: «el inversor, cuando es extranjero, gana siempre».

(h) Si se avanza en la propuesta de la UE de crear un Tribunal Permanente de Inversiones, no por ello desaparecerán los teóricos problemas que pueden

21 Sin que se desconozca en este lugar que este es el primer laudo de una serie bastante numerosa que seguirá y que este laudo se refiere a una intervención normativa operada en el 2008 y el 2010 a la que siguieron, posteriormente, otras normas más incisivas (en el 2013, singularmente), que también habrán de ser valoradas por distintos órganos arbitrales. En el plano interno español, tal evolución normativa ha sido considerada conforme a derecho tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. No entro aquí en esa problemática y remito, sin más, al tratamiento reciente de Alenza García (2016).

detectarse en un sistema de resolución de conflictos a través del arbitraje, pues la clave de las dificultades reside en la índole e indeterminación de los conceptos que deberá utilizar el órgano encargado de resolver los conflictos, sea un tribunal (órgano jurisdiccional y permanente) o un tribunal u órgano de arbitraje (que se constituye para cada supuesto de conflicto). Esos conceptos jurídicos indeterminados siguen siendo la regla general en los escasos documentos que ha hecho públicos la UE en el proceso de discusión del TTIP que ahora parece (no se sabe si definitivamente) postergado.

REFERENCIAS

Alenza García, J. F. (2016). Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 55.

Barraguirre, J. A. (2009). Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs y el convenio CIADI. ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico? *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina. Desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo* (pp. 203 y ss.). Buenos Aires: Ediciones Rap.

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

Cafferatta, N. (2012). Naturaleza jurídica de la autoridad de cuenca Matanza-Riachuelo. En A. Embid Irujo (Dir.), *Agua y Ciudades* (pp. 233 y ss.). España: Civitas.

Cantero Martínez J. (2016). Arbitraje internacional de inversiones y derecho a regular de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP. *Revista Española de Derecho Europeo*, *58*, 13-45.

Cassese, S. (2009). *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi.

Dolzer, R. y Schreuer, C. (2012). *Principles of international investment law* (2.ª ed.). Oxford: University Press.

Gordillo, A. (2009). Hacia la unidad del orden jurídico mundial. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina. Desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo* (pp. 83 y ss.). Buenos Aires: Ediciones Rap.

Justo, J. B. (2013). *El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (OMM)*. Santiago de Chile: CEPAL.

Kingsbury, B. y Schill, S. (2009). Investor-State arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global admin-

istrative law. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina. Desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo* (pp. 221 y ss.). Buenos Aires: Ediciones Rap.

Kingsbury, B. y Stewart, B. (2016). *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Sevilla: Global Press.

Navarro Rodríguez, P. (2016). El nuevo derecho Administrativo global como lex administrativa en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista General de Derecho Administrativo*, 42.

Nino, E. (2009). Inversiones extranjeras en países en desarrollo: ¿Alguien debería intervenir a nivel global? *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina. Desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo* (pp. 333 y ss.). Buenos Aires: Ediciones Rap.

Saco, V. (2016). El secreto del éxito del Perú en el CIADI: destruyendo el paradigma de que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado es peligroso para los países en desarrollo. *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina* (pp. 654 y ss.). Leiden: Brill/Nijhoff.

Saulino, F. (2011). *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos*. Santiago de Chile: CEPAL.

Sosa Wagner, F. y Fuertes, M. (14 de julio del 2016). Europa, dos vías de agua. *El Mundo*. Recuperado de http://www.elmundo.es/opinion/2016/07/14/57867498468aeb2e338b45a1.html

Tanzi, A.; Asteriti, A; Polanco, R. y Turrini, P. (Eds.) (2016). *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Leiden: Brill/Nijhoff.

SEGUNDA SECCIÓN

CONFLICTOS POR EL AGUA Y ARBITRAJES INTERNACIONALES

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIS) Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES FRENTE AL DERECHO HUMANO AL AGUA Y SANEAMIENTO (DHAS)

Liber Martin
Universidad Nacional de Cuyo | Argentina

Juan Bautista Justo
Universidad Nacional de Comahue | Argentina

Juan Pablo Bohoslavsky
Naciones Unidas | Argentina

El derecho humano al agua y el saneamiento (DHAS) ha sido objeto primordial de atención desde la Observación General n.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que, luego de mucho debate, fue ratificada por resolución de la Asamblea General de esa organización el 28 de julio del 2010. Mucho se ha escrito sobre este derecho, aunque no tanto sobre las particulares conexiones que existen con las empresas privadas prestadoras de servicios públicos de agua potable y saneamiento, y su regulación interna e internacional. Este trabajo analiza la obligación estatal de proteger el DHAS de las violaciones cometidas por empresas en el específico ámbito de los servicios de agua potable y saneamiento y su interacción con los mandatos provenientes de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs).

1. Introducción

En el sector de los servicios de agua potable y saneamiento, se entrecruzan dos regímenes jurídicos internacionales que en ocasiones parecen imponer a los Estados obligaciones divergentes: por una parte, un sistema ideado para proteger a los inversores extranjeros que participan de la prestación —anclado en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)— y por la otra, uno ideado para proteger a los destinatarios de ese servicio, cuyo máximo exponente es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC). Esa diversidad de condicionantes globales convierte al sector en un área candente para las relaciones internacionales (Bohoslavsky y Justo, 2011).

En este texto se explorará algunas peculiaridades que la interacción de estos dos regímenes produce frente a la labor regulatoria de las autoridades nacionales en el sector del agua. Básicamente, el primer modelo global (TBI) tiende a limitar las facultades regulatorias del Estado, mientras que el segundo (PIDESC) las refuerza.

Como se verá, frente a esas dos tendencias en pugna el gran desafío consiste en evitar que las autoridades públicas se vean sumidas en un dilema que les genere grandes incertidumbres: si se adoptan medidas encaminadas a la realización del derecho humano al agua y saneamiento (DHAS), el Estado se expone a ser responsabilizado en el marco de los TBIs, pero si no lo hace, se arriesga a serlo en el marco del PIDESC. Para mitigar ese dilema y sus consecuencias, se debe evitar concebir a los dos modelos como incomunicados entre sí y procurar identificar las pautas de armonización que los conectan. Dos vías complementarias que se proponen aquí son que las obligaciones del Estado en materia de DHAS se computen tanto en la negociación como luego en la aplicación de los TBIs.

2. El sistema internacional de protección de los inversores extranjeros

Aunque el primer tratado comercial (entre Estados Unidos y Francia) data de 1778 y ya en 1959 se había firmado el primer TBI moderno (siguiendo el formato tal como se conoce hoy) entre Alemania y Pakistán, fue recién con la aprobación, en 1965, de la convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que comenzó a configurarse la estructura jurídica que sostiene a los modernos TBIs.

Las características centrales de dicha convención son: (a) los inversores extranjeros pueden demandar directamente al Estado que los aloja; (b) la inmunidad soberana es restringida substancialmente; (c) el derecho internacional puede ser aplicado a la relación que se entabla entre un inversor extranjero y el Estado en el que se establece, desplazando las reglas internas; (d) el agotamiento de los remedios locales es excluido, en principio, como exigencia previa al reclamo arbitral; y (e) los laudos que dictan los árbitros no pueden ser revisados por los jueces nacionales, debiendo limitarse estos a ejecutarlos como si fuera una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

Como podrá notarse, la arquitectura legal en materia de protección de las inversiones extranjeras implica una inevitable transferencia de potestades regulatorias nacionales a favor de quienes resuelven las disputas entre los inversores y los Estados que los alojan. Y esa transferencia se da a partir de acuerdos que en su mayoría no contienen referencias explícitas a los derechos humanos. Esa carencia, sumada a una visión algo estrecha, ha llevado a numerosos laudos a asumir que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de los derechos humanos son dos campos separados que no pueden interactuar de alguna manera. Como resultado de esa visión, en laudos clave se ha ignorado la relevancia que poseen los derechos humanos al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor. De más está aclarar que el gran perdedor no fue el inversor.

3. La lectura expansiva de los derechos de los inversores en la jurisprudencia arbitral

Los TBIs suelen prohibir la expropiación —directa o indirecta— si ella no está justificada en el interés público, es discriminatoria o arbitraria y si no está seguida de una compensación. Sin embargo, el alcance concreto de esa salvaguarda, en especial respecto de la expropiación indirecta, es altamente discutible y queda librado a la exégesis arbitral[1].

Por ejemplo, ¿cuándo una regulación se convierte en expropiación? ¿Puede una regulación de carácter general ser un caso de expropiación o se requiere un sacrificio especial en el inversor? (Continental Casualty Company vs. República Argentina, 2008). ¿Están amparadas dentro del concepto de propiedad las expectativas?, ¿cuáles? ¿Comprenden ellas los compromisos explícitos del Gobierno o también declaraciones implícitas? (Azurix Corp. vs. República Argentina, 2006). ¿Inciden los fines que tuvo en miras el Estado en los fines de calcular la indemnización o lo único que importa es la afectación del inversor[2]? ¿Qué debe indemnizarse?

Indudablemente, de la respuesta que demos a estas interrogantes dependerá el alcance de las potestades regulatorias estatales, y lo que denota cierta jurisprudencia arbitral es una tendencia a expandir el alcance de la protección de esta cláusula a situaciones en las que el Estado simplemente pone en práctica su poder como autoridad pública.

A su turno, la regla de la nación más favorecida —que permite al inversor invocar las condiciones de un TBI firmado por el Estado con un tercero que le resulten más beneficiosas— da lugar a discusiones sobre si ella comprende solo protecciones sustanciales o si, en cambio, se extiende a cuestiones procesales vinculadas al sistema de resolución de disputas[3]. El adecuado alcance de esta garantía resulta decisivo y sus consecuencias deben ser especialmente ponderadas por el Estado al momento de negociar cada TBI, pues existe el riesgo de que grandes concesiones efectuadas a países con los cuales no se mantiene un vínculo comercial

---

1 Según ha distinguido cierta jurisprudencia, la expropiación directa ocurriría con la toma del control de la inversión y la consiguiente transferencia de su dominio en favor del Estado receptor, mientras que la indirecta podría derivar de «una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor» (Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, 2000). Como podrá advertirse, la alusión a la afectación significativa del beneficio económico esperado por el inversor como criterio para identificar una expropiación da cuenta de una protección notablemente amplia a favor de aquel. Si seguimos ese estándar, ¿qué sucedería si la adecuación de un régimen tarifario impacta en ese beneficio esperado?

2 En Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica (2000), se sostuvo que el análisis debe centrarse en el impacto de las medidas sobre el inversor y no tanto en la intención del Gobierno o la modalidad adoptada para su implementación.

3 Al respecto, véase Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España (2000); Siemens A.G. vs. República Argentina (2004); Gas Natural SDG S.A. vs. República Argentina (2005); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina (2006).

relevante terminen penetrando en puntos estratégicos de la soberanía con su sola invocación —mediante esta cláusula— por parte de inversores de otros Estados.

La destacable ambigüedad que caracteriza al principio de trato justo y equitativo ha llevado a algunos paneles arbitrales a identificar en esa garantía un derecho del inversor a algo muy parecido a la inalterabilidad de todas las regulaciones y políticas públicas que gobiernan su inversión. Del mismo modo, se ha inferido de este estándar no solo el deber del Estado de abstenerse de acciones irrazonables, sino también de preservar y promover activamente los intereses del empresario extranjero. En ocasiones, parece llegar a demandarse una suerte de paternalismo sobre el inversor, como si este fuese incapaz de evaluar sus decisiones con una diligencia mínima[4].

Por ejemplo, en Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos (2003) y en MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. República de Chile (2004) se reconoce una amplia noción del trato justo y equitativo que parece asegurarle al empresario esa inalterabilidad, pues requiere del Estado «un tratamiento que no afecte la expectativas básicas que fueron tenidas en cuenta por el inversor extranjero para realizar la inversión» (Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos México, 2003)[5] y que aquel pueda «conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes» (Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. República Árabe de Egipto, 2002; Biwater Gauff vs. República de Tanzania, 2008)[6].

Incluso en MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. República de Chile (2004) se hace referencia a un deber activo de protección del inversor y no solo de abstención de conductas arbitrarias o perjudiciales respecto de aquel. Al parecer, la neutralidad hacia el inversor por parte del Estado no es suficiente, sino que también hay que velar por sus intereses[7].

---

4 El caso MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. República de Chile es una muestra emblemática de ello.

5 El Comité de Anulación en MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. República de Chile observó que la ponderación de las expectativas del inversor como fuente de obligaciones para el Estado resulta cuestionable, pues esas obligaciones derivan del TBI aplicable y no de cualquier expectativa que el inversor pueda invocar. Sobre la base de los gruesos desacuerdos que atraviesa la jurisprudencia arbitral, en el caso Walter Bau vs. Reino de Tailandia (UNCITRAL, 2009) se consideró ese cuestionamiento como circular e inaceptable.

6 En el laudo CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, se sostuvo que «no puede caber duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo» (2005), así como en LG&E Energy Corp. vs. República de Argentina (2006) y Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. vs. República de Ecuador (2008). Sobre una posición menos protectoria del inversor, véase Parkerings-Compagniet AS v. República de Lituania (2007). La jurisprudencia también recalca que la violación del trato justo y equitativo no presupone mala fe de parte del Estado, con lo cual, aun cuando la autoridad pública haya actuado persiguiendo un fin legítimo sin abuso, discriminación o arbitrariedad, puede lesionarse esta garantía. Véase Azurix Corp vs. República Argentina (2006); Mondev vs. Estados Unidos (2002); Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos (2004).

7 Una lectura menos deferente hacia el inversor se advierte en Marvin Feldman vs. Estados Unidos

Lo que puede observarse, en definitiva, es que la indeterminación de los estándares de los TBIs y la inconsistencia de muchas decisiones arbitrales dan lugar a un riesgo de interpretación expansiva de los derechos de los inversores, que parecen convertir a estos instrumentos en una suerte de seguro contra todo riesgo empresario que socava decisivamente la capacidad reguladora del Estado (Barraguirre y Fuentes, 2010). Esa visión es el resultado de poner el acento en solo uno de los polos de la relación (el inversor), sin computar el papel del Estado como vehículo esencial para la protección de otros intereses como los derechos humanos. De esa forma, el nexo estrecho entre una visión de los TBIs aislada de otras obligaciones internacionales del Estado, un injustificado sobredimensionamiento de los resguardos para los inversores y la erosión de la capacidad regulatoria del Estado termina dando lugar a una composición con difíciles proyecciones para el sector del agua.

Como veremos a continuación, esa composición parece ir a contramano de la otra vertiente internacional que condiciona al sector y que exige del Estado ese rol plenamente activo que los TBIs parecen desalentar.

4. El DHAS y su protección internacional

En paralelo al régimen de protección de las inversiones, los países de la región ven crecientemente condicionada su actuación como resultado de la consagración del DHAS a nivel internacional, en especial en el PIDESC y el Protocolo de San Salvador[8].

En la actualidad existe, en efecto, un importante consenso en que el acceso al agua potable y el saneamiento constituyen un derecho humano esencial amparado por el derecho internacional. Así lo confirman tanto la reciente Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas[9] como la Observación General n.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)[10] y los Reportes de la Relatora Especial sobre el Derecho al Agua y al Saneamiento (REAyS) de esa organización.

En estos instrumentos se han detallado los componentes centrales del DHAS[11].

4.1. Disponibilidad.

El suministro de agua para cada persona debe ser suficiente y continuo para uso doméstico y personal, como bebida, aseo y preparación de comida. El derecho no se limita al acceso al recurso para consumo personal, sino también para el desarrollo sustentable del mismo en función de actividades como la agricultura[12]. Igualmente, debe haber un número suficiente de instalaciones de saneamiento en el interior o en las inmediaciones de cada hogar, institución educativa o de salud,

---

Mexicanos (2002) o Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos (2004).

8 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1986.

9 ONU, Asamblea General, A/64/L.63/Rev.1, 28/07/2010.

10 Comité DESC, Observación General n.º 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, 2002.

11 Comité DESC, Observación General n.º 15, párr. 12.

12 Comité DESC, Observación General n.º 15, párr. 12.

así como en lugares de trabajo y de acceso público, a fin de evitar tiempos de espera excesivos para su utilización[13].

4.2. Calidad.

El agua debe ser segura y, por lo tanto, libre de microorganismos, sustancias químicas o riesgo de radiación que constituyan una amenaza para la salud. Además, el agua para uso doméstico debe ser de color, olor y sabor aceptables[14]. En materia de saneamiento, esto implica que los servicios sean seguros desde el punto de vista de la higiene, es decir, que eviten el contacto del usuario con excrementos y brinde acceso a agua no contaminada para limpieza de manos, ano y genitales, incluyendo especialmente la higiene menstrual. Otros aspectos de seguridad son también gravitantes, como la ausencia de riesgo técnico en las instalaciones y la posibilidad de acceder a ellas en horario nocturno[15]. Su descarga y mantenimiento resultan, asimismo, críticos para asegurar niveles mínimos de calidad; deben asegurarse, para ello, soluciones mecanizadas y erradicarse el vaciado manual de las letrinas de pozo.

En este punto, es importante destacar la dimensión colectiva del saneamiento: cada persona tiene derecho no solo a instalaciones sanitarias para uso personal, sino también a verse protegida de los excrementos y aguas residuales producidas por el prójimo. En consecuencia, solo es posible ejercer plenamente el DHAS cuando las personas que residen en las inmediaciones también utilizan instalaciones sanitarias adecuadas.

4.3. Accesibilidad.

El agua y los servicios para su suministro deben ser accesibles a todos sin discriminación de ninguna índole. Este recaudo presenta cuatro dimensiones superpuestas.

4.3.1. Accesibilidad física.

Los servicios de abastecimiento adecuado de agua y saneamiento deben encontrarse al alcance seguro de todos los sectores de la población. Una cantidad de agua suficiente, segura y aceptable debe ser accesible dentro —o en inmediata cercanía— de cada hogar, institución educativa y centro de trabajo. Todos los servicios de suministro deben ser de suficiente calidad, culturalmente apropiados y sensibles a los requerimientos de género, edad y privacidad. La seguridad física no debe ponerse en riesgo durante el acceso a los servicios de abastecimiento[16]. Todos los usuarios —en particular las personas con necesidades especiales de acceso, como los niños, personas con discapacidad, adultos de edad avanzada

13 REAyS, 2009, Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. A/HRC/12/24, julio, párr. 70.

14 Comité DESC, Observación General n.º 15, párr. 12.

15 REAyS, 2009, Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. A/HRC/12/24, JULIO, párrs. 72 y 73.

16 Comité DESC, Observación General n.º 15, párr. 12.

o mujeres embarazadas— deben tener garantizada la posibilidad de llegar sin riesgos hasta las instalaciones y poder utilizarlas durante las 24 horas, ya sea en el interior o sectores cercanos de donde se encuentren[17].

4.3.2. Accesibilidad económica.

Los servicios de abastecimiento deben ser asequibles para todos. Los costos directos e indirectos y los cargos para asegurar el recurso deben ser asequibles y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos[18]. El servicio de saneamiento, incluyendo la construcción, vaciado y mantenimiento de las instalaciones, así como el tratamiento y la eliminación de materia fecal, debe estar disponible a un precio asequible para todas las personas sin comprometer la posibilidad de ejercer los demás derechos. La interrupción del suministro de agua por falta de pago debe contemplar el impacto específico en materia de saneamiento (REAyS 2009; Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 2005)[19].

4.3.3. No discriminación.

Los servicios de abastecimiento deben estar a disposición de todos, incluidos los sectores más vulnerables o marginados de la población, de hecho o de derecho, sin discriminación basada en ningún factor prohibido.

4.3.4. Accesibilidad a la información.

Este tipo de accesibilidad supone el derecho a buscar, recibir y difundir información concerniente al agua y saneamiento.

Con esos alcances, el DHAS genera sobre el Estado tres tipos de obligaciones internacionales: (a) obligación de respeto[20]; (b) obligación de cumplimiento[21]; y (c) obligación de protección.

Es esta última la que tiene una especial relevancia en este asunto, pues requiere que el Estado prevenga la interferencia de terceros (por ejemplo de empresas) en el disfrute de cada derecho. Proteger implica, desde esta perspectiva, «diseñar y poner en práctica medidas regulatorias que resulten eficaces para evitar que esos terceros obstaculicen el acceso igualitario al recurso», lo contaminen o comprometan su goce injustificadamente (Justo, 2013).

---

17 REAyS, 2009, párrs. 74 y 75.

18 Comité DESC, párr. 12.

19 REAyS, 2009, párr. 78. Véase también Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Proyecto de Directrices para la Realización del Derecho al Agua Potable y al Saneamiento*, 11 de julio de 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/25, puntos 5.1 y 6.1-6.4.

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

21 En este campo, cumplir implica al menos lo siguiente: (i) facilitar, por medio de medidas positivas para la asistencia de individuos y comunidades, el goce del derecho al agua; (ii) promover, a través de una educación apropiada sobre el uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y métodos para su ahorro; y (iii) proveer agua a aquellas personas o grupos impedidos, por razones ajenas a su control, de gozar de este derecho por los medios a su alcance.

Puntualmente, cuando los servicios de agua son operados o controlados por terceros, este deber exige al Estado establecer un sistema regulatorio efectivo, que asegure, entre otros: (a) monitoreo independiente (entes reguladores); (b) participación pública genuina (es decir, participación directa de los usuarios en el diseño de los marcos regulatorios y tarifas); y (c) imposición de penalidades por incumplimiento (prerrogativas sancionatorias en el marco de contratos de concesión de servicio público o licencias)[22].

Es importante precisar que, para acatar esos deberes, el grado de exigibilidad de las medidas que el Estado debe implementar varía. Para aquellas obligaciones que se califican como básicas (pues consisten en pisos mínimos de acceso al agua y el saneamiento)[23], tanto las medidas como los logros son inmediatamente exigibles[24]. Si el Estado no prueba haber conseguido esos niveles esenciales, nos encontraremos ante una violación del tratado aun cuando haya adoptado medidas destinadas a lograrlo[25]. Por eso, se las llama de resultado.

Además del deber de exponer esos logros básicos, hay las obligaciones progresivas, que se cumplen demostrando la adopción de medidas eficaces —combinadas con la asignación del máximo de recursos disponibles— y que deben funcionar como un camino adecuado para lograr paulatinamente la plena efectividad del DHAS. Por eso, se dice que esas obligaciones son de medios.

El deslinde entre las obligaciones de resultado y las de medios reside, en ese sentido, en la noción de plenitud del goce de los derechos, que compromete al Estado a seguir en simultáneo dos cursos de acción diferentes: (a) logro inmediato de un nivel esencial de acceso a los derechos[26]; y (b) adopción

22 En la sentencia T-379 de 1995 de la Corte Constitucional colombiana, se ordenó al prestador que dictara la reglamentación necesaria para regular el aprovechamiento de aguas con el objetivo de revertir la disminución del nivel del ojo de agua que proveía a una población como resultado del uso inadecuado de uno de los propietarios ribereños. También, en la sentencia T-413 de 1995, se instó a regular el uso del recurso y a priorizar el consumo doméstico, en un supuesto en el que la utilización del recurso con destino a una explotación piscícola y otros fines productivos había causado la falta de agua en los hogares del área.

23 Como ha explicado la Corte Constitucional colombiana, «existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico. Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación» (CCC, sentencia C-251 de 1997).

24 Independientemente del deber de adoptar medidas, «corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos» (CESCR, Observación General 3).

25 Por ejemplo, en materia de agua, esos pisos mínimos incluyen acceso a una cantidad mínima de agua para uso doméstico; no discriminación en el acceso a los servicios; acceso físico a agua suficiente, segura y regular; evitar cortes de suministro o distancias excesivas entre el usuario y la fuente del recurso; distribución equitativa de todos los servicios de suministro existentes; adopción de programas de suministro de agua a bajo costo para grupos vulnerables; entre otros.

26 Como se ha explicado, la existencia de un contenido básico en los DESC es una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. No habría justificación para elevar un reclamo a la condición de derecho (con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene) si su contenido normativo fuese tan indeterminado que permita la posibilidad de que sus titulares no exijan nada en concreto. Cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia

inmediata de medidas que permitan llegar gradualmente a la plenitud de ese acceso.

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

5. El desafío de la armonización de los dos sistemas

Si el DHAS impone al Estado todos estos deberes, le exige acreditar logros mínimos hoy mismo y destinar el máximo de recursos para su plena realización futura, ¿cuál es el papel del regulador estatal? ¿Debe utilizar intensamente sus potestades o no? Si se lee cierta jurisprudencia arbitral, da la sensación de que ese rol activo puede conspirar contra las expectativas de los inversores y derivar en condenas en el marco de los TBIs. Por ello, el mayor riesgo para la interacción entre el DHAS y los TBIs reside, precisamente, en negar esa interacción, en verlos como campos herméticamente separados entre sí.

Entre las consecuencias nocivas de esa visión disociada, es importante resaltar las siguientes:

(a) En primer lugar, una paradoja de los TBIs. Cuando los conceptos de estos acuerdos bilaterales son expansivamente interpretados en perjuicio de las facultades regulatorias, se produce una inconsistencia esencial del régimen de inversiones: en teoría, la firma de un TBI responde a los beneficios que supone la inversión extranjera para el país receptor; sin embargo, para poder capitalizar esos beneficios, el Estado debe contar con una estructura institucional sólida y con potestades regulatorias fuertes. Si ello es así, interpretar al TBI como inhibidor de esas potestades supone privar al Estado del instrumento que necesita para que ese TBI lo beneficie, es decir, negar el argumento que justifica su celebración[27]. Decir «firmo un TBI porque las inversiones son beneficiosas, pero ese mismo TBI me priva de la capacidad para aprovecharlas» se parece bastante a vender un automóvil para conseguir gasolina.
La incongruencia de esos resultados hace pensar que la interpretación de estos tratados debe orientarse a reafirmar —y no a debilitar— el ejercicio de las potestades públicas, para procurar simplemente evitar conductas abusivas que perjudiquen a los inversores.

---

del cual debe considerarse que un Estado viola sus obligaciones (Alston, 1987, vol. 9).

27 El Convenio CIADI tiene explicitado un único objetivo: la generación de desarrollo económico (Preámbulo, párr. 1). Desde la concepción que lo informa, se entiende, sin embargo, que las inversiones extranjeras son el instrumento adecuado para el logro de ese propósito. Dado que no cabe anteponer el medio al fin, constituye una incorrecta interpretación de ese sistema otorgar preeminencia a la tutela de la inversión por encima del desarrollo del país que la aloja. En ese sentido, véase Salini Costruttori S.p.A. vs. Reino de Marruecos (2001); Saipem S.p.A. vs. República Popular de Bangladesh (2007); Patrick Mitchell vs. República Democrática del Congo (2004); y D'Alessio (2008).

(b) Por otro lado, una visión aislada de los TBIs también puede producir el llamado enfriamiento regulatorio (Suda, 2005), que es la inhibición que sufren las respectivas agencias estatales para modificar y mejorar la regulación por temor a consecuencias legales. Ello conspira contra el desempeño activo que el DHAS encomienda a esas autoridades. En especial, ese fenómeno puede darse cuando las medidas de protección del DHAS afectan los intereses de los inversores y se traducen en laudos arbitrales que (i) o bien condenan al Estado por violación a las reglas de los TBIs sin computar la incidencia que ese objetivo de protección del derecho tiene en la definición de la controversia (ii) o bien imponen a los Estados cargas indemnizatorias excesivas que, por su impacto presupuestario, los inhiben —en forma actual o futura— de concretar las obligaciones básicas y/o progresivas.

Lo que nos muestran estos riesgos es que los dos modelos globales que condicionan al sector deben ser armonizados (Schreiber, 2008). En caso contrario, renacen el dilema, la incertidumbre y la parálisis de la acción estatal.

6. El deber de protección del DHAS como vehículo para la armonización

El abordaje desde el deber de protección de los derechos humanos permite neutralizar la interpretación expansiva de los TBIs sin desatender la necesidad de tutelar al inversor contra los abusos.

Cuando se analiza una medida estatal que afecta a un inversor, es necesario verificar si ella se encuentra encaminada a cumplir con el deber de protección de los derechos humanos que pesa sobre las autoridades públicas. Como se vio, de acuerdo con él, el Estado no solo debe observar por sí mismo las reglas de los pactos respecto de sus habitantes, sino que también tiene a cargo asegurar que los particulares hagan lo mismo en sus relaciones privadas[28].

El abordaje de las medidas regulatorias desde la perspectiva del deber de protección permite lograr el objetivo de armonización que se ha propuesto. Esto sucede porque ese deber sirve como justificación de la medida y como su límite. Cuando se verifique que esta no persigue ese objetivo de un modo necesario, adecuado y proporcional[29], el inversor podrá dar cuenta de un incumplimiento de los parámetros del TBI. Por el contrario, cuando esos extremos se encuentren presentes, la consistencia del sistema de tutela de la inversión con el pacto de derechos humanos demandará el respaldo de la actuación estatal. El análisis desde el deber de protección tutela tanto al Estado (para defender sus decisiones al amparo del cumplimiento de una obligación internacional) como al inversor (para desarticular supuestos de desviación de poder, persecución o discriminación).

28 Para ampliar este tema véase: The Human Rights Council (2011). *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework* (UN Doc. A/HRC/17/31).

29 Por ejemplo, véase SSTEDH, Waite y Kennedy vs. República Federal de Alemania (1999, párr. 59); Tinnelly & Sons Ltd y otros vs. Reino Unido (1998, párr. 29); Kimel vs. República Argentina (2008, párrs. 70 y ss.); Barreto Leiva vs. Venezuela (2009, párr. 55)

De manera más específica, desde la perspectiva de la defensa estatal el deber de protección a cargo de las autoridades brinda sustento a la facultad estatal de limitar el ejercicio de los derechos, de modo que se asegura su goce coordinado. El Estado que omite injustificadamente introducir las normas y actos destinados a garantizar esa coordinación incumple su rol tutelar.

Sin embargo, paralelamente a la justificación de las atribuciones públicas, este rasgo de las obligaciones convencionales marca el límite de esas competencias desde un punto de vista finalista y, con ello, protege al inversor contra la arbitrariedad, pues impone al Estado la necesidad de justificar el destino protectorio —empíricamente verificable— de la medida. En tanto, el Estado posee potestades de regulación, imposición, expropiación y similares, cuyo reconocimiento depende de su condición de instrumentos para el logro del deber de protección, él debe acreditar el efectivo respeto de esa finalidad y, por lo tanto, demostrar que la medida que implica una limitación se vincula con la correlativa protección de otros intereses involucrados.

El estudio de las disposiciones de los TBIs, desde este punto de vista, permite encontrar soluciones más acordes a un desempeño eficiente del Estado en el cumplimiento de su rol tutelar y, a la par, ampara al inversor contra la conducta que constituye el eje histórico del sistema de protección del extranjero: la discriminación (Klein, 2012, p. 189). Cuando esa discriminación no existe —porque todos los ciudadanos soportan de igual modo la medida—, no corresponde —salvo beneficios expresamente concedidos con fines de promoción— dispensar al inversor ningún trato preferencial. Los privilegios deben ser interpretados restrictivamente y jamás se presumen concedidos a menos de que exista una declaración explícita en ese sentido, mientras que el derecho a un trato igualitario debe ser interpretado ampliamente en virtud del principio *pro homine*.

Como resultado de la anterior composición, el punto crucial de la interpretación armónica de los estándares de los TBIs, si se encuentra en juego la vigencia de derechos humanos, sugiere que cuando se trata de tutelar al inversor frente a medidas discriminatorias, la interpretación es amplia a su favor, y cuando el inversor aspira a recibir un trato diferente al de la población, la interpretación es en su contra y solo cabe reconocerle lo expresamente concedido.

Las cláusulas de los acuerdos deben ser, entonces, leídas a la luz del estándar interpretativo construido en la jurisprudencia norteamericana (Northwestern Fertilizing C° vs. Village of Hyde Park, 1878) y receptado en América Latina en torno al otorgamiento de privilegios a favor de concesionarios o delegados estatales. Si alguna duda cabe, esta se resuelve en sentido adverso al inversor por aplicación de la doctrina conforme a la cual, en materia de interpretación de privilegios, nada debe tomarse como concedido, sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del inversor[30].

30 CSJN Argentina, doctrina de Compañía Swift de La Plata, 1927, Fallos, 149:218; Compañía Dock Sud de Buenos Aires Ltda., 1929, Fallos, 155:12; Vicente Robles, 1993, Fallos, 316:382; Maruba,

Esta perspectiva, que erige la interdicción de la discriminación como pauta hermenéutica fundamental, permite una comprensión de las cláusulas de los TBIs que armonice con un ejercicio eficaz —pero no arbitrario— de las potestades públicas (Saluka Investments BV (The Netherlands) vs. República Checa, 2006, párr. 307).

6.1. Trato justo y equitativo vs. cláusulas de estabilización.

En primer lugar, la inclusión del deber de protección permite interpretar esta salvaguarda de un modo que permita conciliar un ejercicio razonable de las prerrogativas estatales con la prohibición de abusos de parte de las autoridades.

Para ello, es necesario evitar la identificación de este estándar con un derecho del inversor a la inalterabilidad de todas las regulaciones y políticas públicas que gobiernan su emprendimiento. Solo cuando estamos frente a cláusulas de estabilización[31] corresponde reconocer un derecho a la permanencia de una regulación, pero aun aquellas resultan inoponibles frente al deber de protección, al constituir los derechos humanos una necesaria excepción a esos compromisos. Una auditoría básica de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a cargo del Estado en el que se planea invertir bastaría para que el inversor pueda albergar expectativas realistas y legítimas acerca de lo que ese Estado puede hacer en el futuro.

Como se ha resuelto en un reciente laudo, ante la ausencia de una cláusula de estabilización o compromiso similar, los cambios en el marco regulatorio solo pueden ser considerados como infracción al trato justo y equitativo en caso de alteraciones drásticas o discriminatorias en las condiciones esenciales de la operación (Toto Costruzioni Generali S.p.A. vs. Republica del Líbano, 2012, párr. 244). Nuevamente, el principio interpretativo para integrar las lagunas conceptuales de los TBIs consiste en la prohibición de conductas persecutorias y no en inferir la concesión de privilegios al inversor.

Desde esa perspectiva, la lectura expansiva explicitada en laudos como Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos (2003) o MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A vs. República de Chile (2004) debe ser readecuada. Se trata de evitar comportamientos hostiles, mas no de generar parcelas de inmunidad que impidan —o tornen prohibitivamente costoso— el avance estatal en la protección de los derechos de su población. Antes bien, ese trato justo y equitativo debe ser interpretado en consonancia con el cumplimiento por parte del inversor de los deberes de debida diligencia, respeto de la ley, eficiencia, responsabilidad y transparencia en su evaluación y ejecución (Bohoslavsky, 2010).

La opinión separada del árbitro Pedro Nikken en Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina (2010) expresa el siguiente abordaje adecuado:

1998, Fallos, 321: 1784; Sociedad Aeronáutica San Fernando S.R.L., 2000, Fallos, 323:337; Aguas Argentinas S.A., 2005, Fallos, 328:2004. Ver Gordillo, Agustín, Después de la Reforma del Estado (1998), III-12.

31 Véase: IFC and United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights (2008). *Stabilization Clauses and Human Rights*.

> No hay nada en el texto de los TBIs, ni en su contexto ni en su objeto y fin que indique que los Estados Partes estuvieran refiriendo la obligación de dispensar trato justo y equitativo a las inversiones protegidas a conceptos ajenos a los de su propio comportamiento, como lo son las llamadas ¨expectativas legítimas¨ de los inversionistas. Por el contrario, choca a la lógica que se pretenda extender la protección de trato justo y equitativo que los Estados Partes se comprometieron a brindar a las inversiones (no a los inversionistas) provenientes de la otra parte que vaya más allá de lo que el proceder de un buen gobierno indica, así como tampoco lo tendría que se ofreciera un trato por debajo de lo que cabría esperar de un buen gobierno. (Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina, 2010, párrs. 20 y ss.)

Es que:

> El poder regulatorio es esencial para la realización de los fines del Estado, de modo que la renuncia a ejercerlo es un acto extraordinario que debe surgir de un compromiso inequívoco […] un país actuaría en forma imprudente si prometiera abstenerse de modificar su legislación aunque la época y las circunstancias varíen, o, aún más, si se atara las manos a través de una estipulación de ese género para el caso de que se produjera un tipo de crisis de cualquier género u origen. Tal compromiso tocaría competencias esenciales del Estado, a las cuales sería inconcebible que renunciara tácitamente. (Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina, 2010, párr. 31)

En definitiva,

> El trato justo y equitativo, no impone al Estado una obligación de no alterar el entorno legal de la inversión, sino a requerir que el ejercicio de su poder regulatorio en materias conectadas con la inversión extranjera cumpla con los requisitos de manera oportuna, congruente, razonable, proporcional, ecuánime y no discriminatoria. En otros términos, lo que debe someterse a escrutinio es si esas medidas se conforman a los cánones de buen gobierno en un Estado moderno bien organizado. (Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina, 2010, párr. 34)

6.2. Expropiación, sacrificio especial y discriminación.

A fin de evitar también aquí una barrera a medidas necesarias en el marco del deber de protección, conviene puntualizar algunos límites de esta salvaguarda, en especial en materia de expropiación regulatoria, expectativas y *quantum* de la reparación.

Por vía de principio, las medidas estatales de alcance general rara vez justifican compensaciones económicas. Ese aspecto constituye una derivación natural de la naturaleza abierta y dinámica de la democracia, que trae aparejada la improponibilidad de una regla indemnizatoria ante los cambios legislativos que afectan a la generalidad de los ciudadanos (García de Enterría, 2002, p. 182). Esta noción se expresa en la idea de carga pública y hace que solo se admita indemnización

cuando la igualdad en su distribución se altera. La reparación tiene justamente ese sentido de recomposición del trato igualitario ante los deberes comunitarios.

En un sistema democrático, la obediencia a las decisiones colectivas no configura un daño indemnizable, pues la existencia misma de la organización estatal depende de un deber jurídico en cabeza de cada ciudadano de soportar el costo generado por sus decisiones[32]. Solo cuando la medida altera el estándar de igualdad, ese deber puede dar lugar a indemnización en la medida en que la ausencia de reparación pueda implicar la imposición de un sacrificio diferencial. Más allá de ese supuesto excepcional, genera al sistema de Gobierno que no exista una inmunidad contra sus regulaciones por parte de los destinatarios[33].

Obviamente, la facultad de no obedecer el derecho sancionado por la autoridad democrática está lejos de configurar una situación jurídicamente protegida[34] y, por lo tanto, la falta de indemnización de una medida regulatoria razonable y proporcional (condición de su exigibilidad) solo puede implicar una violación al derecho de propiedad si ella constituye una determinación discriminatoria por imponer exclusivamente al inversor los costos de una decisión que redunda en beneficio de la comunidad (sacrificio especial) (Continental Casualty, párr. 276). Si ese trato desigual no se configura, por cuanto los costos de la medida recaen sobre el conjunto de agentes económicos del país, la interferencia no sería indemnizable, en tanto aparecería como una simple expresión del ejercicio de las potestades estatales[35] encaminadas a cumplir el deber de protección de los derechos humanos. Como resultado de lo anterior, únicamente deberían calificarse como

32 CSJN Argentina, Columbia, 1992, Fallos, 315:1026; Rebesco, 1995, Fallos, 318:385; Friar, 2006, Fallos, 329:3966.

33 CSJN Argentina, Revestek, 1995, Fallos, 318:1531. En igual tónica, Marvin Feldman, supra nota 54, párr. 112; Thunderbird vs. México (2006, NAFTA, párr. 208) Saluka, cit., párr. 262; Methanex vs. Estados Unidos (2005, NAFTA, p. IV, ch. d, párr. 7).

34 Esa situación jurídicamente protegida no depende de las expectativas del inversor ni de declaraciones implícitas del Gobierno (vs. Azurix, párr. 318). Tiene que ser el resultado de la adquisición de un derecho en los términos que fija el ordenamiento del Estado parte. Por ello, la concepción según la cual la expropiación indirecta puede derivar de "una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad» (Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 103) resulta demasiado amplia. No se trata solo del rédito que espera el empresario, sino del país en el cual él se inserta.

35 Una referencia útil para esa ponderación puede ser el test previsto en el Anexo B.4 del TBI modelo de Estados Unidos, que recepta el escrutinio de Penn Central (USSC, Penn Central Station Co. v. New *York City*, 438 U.S. 104, 1978) —impacto económico de la medida, nivel de interferencia de la regulación con expectativas razonables y carácter de la acción gubernamental— y le aporta dos precisiones fundamentales. En primero lugar, el solo hecho del efecto adverso que una medida pueda tener en el valor económico de una inversión no comporta, *per se*, una expropiación indirecta (ello parece oponerse al criterio arbitral que solo toma como referencia la afectación del inversor). En segundo lugar, adiciona a los tres factores de *Penn Central* lo siguiente: salvo en raras ocasiones, las medidas regulatorias de una parte que no resulten discriminatorias y se encuentren orientadas a la protección de objetivos legítimos de bienestar general, como salud pública, seguridad o ambiente, no constituyen expropiación indirecta. La alusión al carácter no discriminatorio de la medida como guía para discernir el derecho a una indemnización confirma la gravitación que posee ese extremo si queremos evitar la obturación de todo avance jurídico en el país receptor.

expropiación —directa o indirecta— las medidas estatales que generen en el inversor un sacrificio especial, entendiendo por tal a la afectación particularizada en una situación jurídicamente protegida[36].

En conclusión, se debe buscar interpretaciones de los TBIs que no incapaciten al Estado para cumplir su deber de protección del DHAS. Lo que permite conciliar ese deber con la tutela de los inversores es reconocer a la interdicción de tratos discriminatorios como pauta hermenéutica central de las garantías de los TBIs.

Al respecto, se ha definido una medida irrazonable o discriminatoria como aquella que: (i) causa daños al inversor sin servir a ningún propósito legítimo aparente; (ii) no se encuentra basada en reglas legales, sino en arbitrariedad, prejuicios o preferencias personales; (iii) es dictada por motivos diferentes a los explicitados (desviación de poder); o (iv) es adoptada con manifiesto desprecio del debido proceso[37].

Es fundamental, así, evaluar la existencia de motivaciones persecutorias o sacrificio especial. No corresponde, como en Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica (2000), computar solo las consecuencias sobre el inversor, pues ello implica inmunidad y no igualdad. Si esas consecuencias son sufridas por todos, no cabe predicar la existencia de un sacrificio especial.

A la luz de lo dicho, las salvaguardas de trato justo y equitativo y expropiación se tornan operativas solo ante conductas discriminatorias, pero no habilitan reclamos de los inversores por cambios legislativos generales que afecten a toda la población. De admitirse ese criterio, esas garantías se verían asimiladas a las cláusulas de estabilización y ello implicaría contrariar la interpretación restrictiva que corresponde seguir en materia de privilegios a favor de los inversores. Dicho de otro modo, trato justo y equitativo es ausencia de hostilidad, pero no inalterabilidad, ausencia de riesgo o paternalismo; mientras que expropiación indirecta presupone sacrificio especial, pero no asegura inmunidad frente a cambios regulatorios de carácter general. Finalmente, es posible que con fines de promoción el Estado se comprometa bajo cláusulas de estabilización; sin embargo, el deber de protección de los derechos humanos constituye la necesaria excepción a ese compromiso (Sheldon, 2006, pp. 657-705) y, consecuentemente, aquellas no rigen en las hipótesis que aquí se examinan.

---

36 En igual sentido, resulta inconsistente exigir, como un requisito adicional a la existencia de utilidad pública e indemnización, que la expropiación se implemente de manera no discriminatoria, como hacen algunos TBIs (Argentina vs. Estados Unidos). Toda expropiación supone inicialmente una discriminación, por eso se indemniza. Con la reparación se recompone la igualdad. Una expropiación fundada en razones de utilidad pública y acompañada del pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva no puede ser discriminatoria; con ello, ese requisito es sobreabundante. Si la medida tiene por objeto perjudicar al extranjero, entonces se trata de a una desviación de poder, pues no existirán razones de utilidad pública, sino motivos persecutorios. El elemento teleológico propio de la expropiación ya veda maniobras discriminatorias. Vale aclarar que el reconocimiento de este componente como un tercer factor autónomo que condiciona —junto al fin y la compensación— la validez de la medida expropiatoria parece estar muy extendido.

37 Toto Costruzioni Generali S.p.A, párr. 157.

7. Conclusiones

De lo expuesto, se extraen las siguientes reflexiones:

(1) El sector del agua está marcado actualmente por dos tendencias internacionales, que inicialmente parecen estar en conflicto. La primera apunta a mirar a los TBIs aisladamente de otras obligaciones internacionales del Estado y a expandir los resguardos para los inversores, lo cual erosiona la capacidad regulatoria del Estado. La segunda, por su parte, exige a ese mismo Estado una gran iniciativa para asegurar pisos mínimos actuales y plenitud futura del DHAS[38].

(2) Para evitar el escenario de mandatos internacionales contradictorios, los dos condicionantes que la globalización impone al sector deben compatibilizarse y ello se concreta en dos coyunturas posibles:

(i) De manera preventiva, al momento de negociar el TBI, los Estados deben dejar a salvo su deber de protección del DHAS y aclarar que las medidas vinculadas con él no pueden implicar responsabilidad frente al inversor, salvo en supuestos excepcionales como la expropiación directa. Esto implica establecer que la protección proporcionada y no discriminatoria de este derecho humano no puede ser concebida como violación al TBI, como trato injusto o infracciones similares.

(ii) Al momento de aplicar los TBIs y dar contenido concreto a las garantías que ellos consagran, los Estados —en especial cuando ejercen sus defensas ante las demandas de los inversores— deben exigir a los árbitros que computen ese deber de protección y su incidencia frente a la medida regulatoria que origina el conflicto. Indudablemente, si la decisión que el inversor cuestiona responde al acatamiento de obligaciones internacionales como las que fija el DHAS, ello la hace merecedora de una especial deferencia arbitral.

El equilibrio reside, en definitiva, en reconocer que frente a los deberes esenciales que pesan sobre el Estado en materia de derechos humanos no cabe oponer expectativas unilaterales, inalterabilidad del régimen jurídico[39], compensación ili-

38 Como muestra de esa tendencia, el Comité DESC ha explicitado el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los TBIs no tengan un impacto negativo en el derecho al agua, precisando que los acuerdos de liberalización comercial no deben inhibir o restringir la capacidad del país para asegurar la plena realización de ese derecho (Comité DESC, Observación n.º General 15).

39 Uno de los grandes riesgos que debe asumir la doctrina de las expectativas legítimas —muy desarrollada en el derecho europeo— se vincula con su potencial conflicto con la evolución democrática de una comunidad. Plantear que hay un derecho a la cristalización del orden jurídico en un determinado momento parece ir a contramano de ese principio medular de las sociedades modernas. De igual modo, leer cualquier cláusula de un TBI en términos de derecho a la paralización del ordenamiento entrañaría a fracturar el dinamismo que, como derivado del carácter abierto de la democracia, es propio del sistema jurídico.

mitada o privilegios equivalentes. Si la vigencia plena de los derechos humanos puede ser considerada una variable de ajuste para hacer más atractivo al país frente a los ojos de los inversores extranjeros, se legitima una competencia a la baja en la protección de tales derechos (Al Faruque, 2010, p. 552), a la vez que se invita a los potenciales interesados a traducir esas transgresiones a los derechos humanos en una mayor ganancia. Por ello, es clave que los derechos humanos sean entendidos como la precondición de un buen clima de inversiones.

REFERENCIAS

Al Faruque, A. (2010). Mapping the Relationship between Investment Protection and Human Rights. Journal of World Investment & Trade, *11*(4), pp. 539 - 560.

Alston, P. (1987). Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, *9*(3).

Azurix Corp. vs. República Argentina, n.º ARB/01/12 (CIADI, 2006).

Barraguirre, J. y Fuentes, X. (2010). Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Colección Documentos de Proyectos*, LC/W.325. Santiago de Chile

Biwater Gauff vs. República de Tanzania, n.º ARB/05/22 (CIADI, 2008).

Bohoslavsky, J. (2010). *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulacóin de políticas públicas* (*especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento*) ECLAC. Recuperado de http://www.gtz-cepal.cl/newsletter/newsletter_21/tratados_de_proteccion.pdf

Bohoslavsky, J. P. y Justo J. B. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión* (Doc. LC/W.375). Santiago de Chile: CEPAL.

Bohoslavsky, J. y Justo J. (2013). The Conventionality Control of Investment Arbitrations: Enhancing Coherence through Dialogue, *Transnational Dispute Management Journal (TDM)***.**

CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, n.º ARB/01/8 (CIADI, 2005).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, n.º ARB/96/1 (CIADI, 2000).

Continental Casualty Company vs. República de Argentina, n.º ARB/03/9 (CIADI, 2008).

D'Alessio, I. (2008). A Comment on ICSID's Jurisdictional Issues. *LL.M paper*. University of Amsterdam.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. vs. República de Ecuador, n.º ARB/04/19 (CIADI, 2008).

García de Enterría, E. (2002). El principio de confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, pp. 159-182.

Gas Natural SDG S.A. vs. República de Argentina, n.º ARB/03/10 (CIADI, 2005).

Guiding Principles on Business and Human Rights. (2011). *Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework. The Human Rights Council* (UN Doc. A/HRC/17/31).

Jacob, M. (2010). International investment agreements and human rights. *INEF Research Paper Series Human Rights*, (3).

Justo, J. B. (2013). *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM*). Santiago de Chile: CEPAL.

Kaushal, A. (2009). Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime. *Harvard International Law Journal*, *50*(2).

Klein, N. (2012). Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right? Goettingen Journal of International Law, *4*(1), pp. 189.

LG&E Energy Corp. vs. República de Argentina, n.º ARB/02/1 (CIADI, 2006).

Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España, n.º ARB/97/7 (CIADI, 2000).

Marvin Feldman vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB-AF/99/1 (CIADI, 2002).

Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB AF/97/1 (CIADI, 2000).

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. República Árabe de Egipto, n.º ARB/99/6 (CIADI, 2002).

Montt, S. (2009). What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Rap.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. República de Chile, n.º ARB/01/7 (CIADI, 2004).

Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania, n.º ARB/05/8 (CIADI, 2007).

Patrick Mitchell vs. República Democrática del Congo, n.º ARB/99/7 (CIADI, 2004).

Schreiber, W. (2008). Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*, *48*(2).

Sheldon, L. (2006). Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment. *Journal of International Economic Law*, *9*(3), pp. 657-705.

Siemens A.G. vs. República Argentina, n.º ARB/02/8 (CIADI, 2004).

IFC and United Nations Special Representative to The Secretary General on Business and Human Rights. (2008). *Stabilization Clauses and Human Rights*.

Saipem S.p.A. vs. República Popular de Bangladesh, n.º ARB/05/7 (CIADI, 2007).

Salini Costruttori S.p.A. vs. Reino de Marruecos, n.º ARB/00/4 (CIADI, 2001).

Saluka Investments BV (The Netherlands) vs. República Checa, CNUDMI (2006).

Suda, R. (2005). The effect of bilateral investment treaties on human rights enforcement and realization. *Global Law Working Paper*. New York University.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/17 (CIADI, 2006).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A vs. República Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI, 2010).

Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB-AF/00/2 (CIADI, 2003).

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN TEMAS DEL AGUA

Yenny Vega Cárdenas
Universidad de Montreal | Canadá

Los conflictos entre Estados y multinacionales relacionados con el agua como recurso vital y derecho humano se han multiplicado en los últimos años. Algunos Estados como Argentina han sido condenados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) a pagar montos exorbitantes. El procedimiento de resolución de conflictos entre inversionistas y Estados no parece ser adecuado para resolver litigios que se relacionan con el interés público. El CIADI ha intentado responder las múltiples críticas con la adopción de un nuevo marco reglamentario sobre la transparencia, pero el mismo no es obligatorio para las partes. El reconocimiento internacional del derecho al agua y el carácter esencialmente público del recurso parecen poner a prueba los tratados comerciales de libre comercio, los cuales, aparentemente, no están adaptados a esta realidad. Los tribunales CIADI, los tratados y los contratos entre inversionistas y Estados deberán adaptarse para poder, así, no solo evitar los conflictos, sino también poder equilibrar los intereses encontrados de la protección de las inversiones y la protección del ambiente y, particularmente, de un recurso tan frágil como el agua.

1. Introducción

Los países catalogados como «pobres» no son realmente pobres, sino ricos en recursos naturales y culturales. Poseen oro, plata, petróleo, metales, piedras preciosas, madera, biodiversidad, recursos hídricos, entre otros. Las grandes empresas multinacionales están al tanto de ello desde hace mucho tiempo y, por ello, están presentes en varios países «en vías de desarrollo». Por medio de lo que se podría llamar «una segunda conquista», estas siguen persiguiendo la leyenda de El Dorado. Las multinacionales no dudan en abrir montañas, explorar el fondo del mar, perforar y cambiar el curso de los ríos, relocalizar comunidades locales e indígenas, «desarrollar» la Amazonía.

El reconocimiento del derecho humano al agua a nivel internacional (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010) se ha convertido en la bandera de las organizaciones no gubernamentales (ONG), de los ciudadanos y de los pueblos indígenas, y ha sido utilizada para protegerse de las consecuencias nefastas de las actividades de las industrias extractivas, puesto que la mayor parte de ellas

han afectado de manera importante la calidad y la disponibilidad de los recursos hídricos en un sinnúmero de países. Estas actividades están compitiendo y son directamente incompatibles con las políticas y racionalidades que tienden hacia una gestión común y durable de este recurso vital, esencial y frágil (Paquerot, 2016).

Los inversionistas extranjeros han sido protegidos por los tratados de libre comercio (TLC) que han sido firmados entre los países de origen de estas industrias y los países huéspedes que van a acogerlos, acuerdos que ofrecen una protección importante por medio de diversos mecanismos, entre los cuales se encuentra el mecanismo del arbitraje de inversión. Este modo de resolución de controversias ha sido objeto de críticas, particularmente por la falta de transparencia y de consideración de los derechos humanos y del medioambiente que están en juego en los diferentes litigios, pero también porque este procedimiento parece entrabar la participación de terceros en el mismo (Echaide, 2013).

En este contexto, se analizarán en el presente texto diversos casos emblemáticos con el fin de identificar las dificultades que se han encontrado en materia de arbitraje de inversión, relacionados con el tema del agua, lo que permitirá enfatizar la importancia de reevaluar este mecanismo y pensar en nuevas perspectivas. Al respecto, se traerán a colación los últimos desarrollos en la materia, particularmente aquellos negociados en el tratado de libre cambio de tercera generación que ha sido firmado entre Canadá y Europa, entre los cuales las relaciones de poder entre las partes parecen estar más equilibradas.

2. Las controversias internacionales en materia de agua: estudio de casos

Los TLC entre países catalogados como «industrializados» y aquellos «en desarrollo» han sido el símbolo del camino hacia el «progreso». Estos tratados bilaterales o multilaterales de inversión han proliferado durante las últimas décadas, y han llegado a ser cerca de 450 TLC en el mundo entero (Organización Mundial del Comercio, 2017). Los textos de aquellos contienen varias cláusulas que tienen por objetivo proteger a los inversionistas en el exterior, particularmente frente a los cambios de gobierno y de políticas públicas. Dentro de las más destacadas se encuentran aquellas que hacen referencia al tratamiento nacional, que implica que un inversionista debe poder beneficiarse de las mismas consideraciones y beneficios otorgados a las empresas nacionales en el territorio. La cláusula de la nación más favorecida que permite a los inversionistas beneficiarse de un tratamiento más favorable que haya sido acordado a otra nación en el mismo país de acogida es igualmente muy usual (Morales Lamberti, 2009). Del mismo modo, existe la cláusula que se refiere a las maneras de dirimir los conflictos, dentro de las cuales se suele encontrar el mecanismo del arbitraje de inversión. Numerosos acuerdos designan el CIADI, constituido en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. El centro es parte del grupo del Banco Mundial, y es un mecanismo que ha sido escogido en aras de la «neutralidad», el cual permite a las partes no solo escoger el procedimiento, sino también beneficiarse de la confidencialidad del proceso. Ambos elementos son, en gran parte, beneficiosos para las compañías multina-

cionales. Cabe destacar que el arbitraje de inversión, apelativo que identifica el arbitraje entre un Estado y un inversionista, ha sido objeto de importantes críticas (Prince, 2016).

Las luchas por la protección del medioambiente y el agua como recurso vital, aunadas con los movimientos contra la privatización de los servicios públicos esenciales de agua potable y alcantarillado, han provocado un profundo cuestionamiento de la pertinencia y legitimidad del mecanismo del arbitraje de inversión para dirimir las controversias entre Estados e inversionistas, tal como se expondrá en el presente texto (Mayer, 2011).

2.1. El caso de Argentina: emblemático en materia de agua.

Argentina ha sido uno de los países más demandados a través del CIADI (Echaide, 2013). La mayor parte de estas demandas han estado relacionadas con la explotación de los recursos naturales dados en concesión, y una buena parte de ellas fueron dirigidas a los sectores de agua potable y de saneamiento. El caso de Argentina ejemplifica las deficiencias de este medio de solución de controversias y pone en relieve la dicotomía existente entre el derecho de las inversiones y la protección del derecho humano al agua y al saneamiento.

Esta situación tuvo sus orígenes en la ola neoliberal de la década de 1990 que se imponía en Argentina y, en general, en América Latina, bajo la influencia de organismos de financiamiento internacional. Es en este contexto que se llevó a cabo un cambio radical de la política de ese país, el cual impulsó la privatización o la concesión de los servicios de agua potable a compañías multinacionales como Suez, la General de Aguas de Barcelona, Vivendi, entre otras (Azpiazu, 2010).

En virtud de la Ley 25.561 del 2002, relacionada con la emergencia económica en Argentina, el conflicto alcanzó su punto más álgido, puesto que esta ley modificaba la determinación de las tarifas, las cuales no seguirían siendo en dólares americanos sino en pesos argentinos, y no se actualizarían según el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos, sino que se conformarían con el índice de Argentina. Evidentemente, este cambio legislativo obedecía al hecho de que el precio del agua se volvía inaccesible para los ciudadanos y, a la vez, las ganancias de las compañías habían aumentado de manera considerable: cerca de 9 mil millones de dólares (Morales Lamberti, 2009). Aunado con esto, el manejo y la administración del agua era compleja, problemática y nada satisfactoria para los ciudadanos. Varias renegociaciones de los contratos tuvieron lugar entre los inversionistas y el Estado de Argentina, las cuales implicaron tanto a los Gobiernos de los países de origen de las multinacionales como a Francia, así como al Fondo Monetario Internacional (FMI) (Azpiazu, 2010). La presión de parte de las empresas multinacionales hacia el Gobierno de Argentina dejaba prever las posibles demandas ante el CIADI. Los intercambios para la renegociación de los contratos no fueron fructuosos debido a la falta de disposición de aquellas de renunciar a los privilegios y usuales ganancias (Azpiazu, 2010). El servicio se deterioró y los contratos fueron terminados unilateralmente frente a la falta de eficiencia del servicio de agua potable, el cual fue otorgado a una empresa pública: Agua y

Saneamientos Argentinos (90% perteneciente al Estado y 10% a los trabajadores). El carácter esencial e indispensable del agua para la vida fue uno de los puntos neurálgicos que llevó a las partes a la controversia. Las multinacionales querían sacar el máximo provecho de los servicios públicos de agua, la población reclamaba un servicio de calidad que fuera abordable, y el Estado de Argentina tenía el deber de salir de la crisis económica y de garantizar el acceso al agua como un derecho humano.

Entre las múltiples condenas arbitrales de las que fue objeto Argentina, destaca una del año 2015, según la cual el CIADI le ordenó pagar 405 millones de euros a la multinacional Suez. En este caso, cinco ONG solicitaron intervenir en el proceso y acceder a la información del mismo. Solo una de ellas logró ser escuchada en audiencia, pero sin acceder a la información procesal, en virtud del artículo 32(2) de las reglas arbitrales del CIADI (Marrella, 2010). Este rechazo del derecho a la transparencia del cual son sujetos los ciudadanos hizo detonar las críticas de este modo de solución de controversias, particularmente cuando se tratan cuestiones relacionadas con el interés público. Este precedente, de la mano con muchos más —particularmente con el caso boliviano—, llevaría a reevaluar las normas de transparencia del arbitraje de inversión, como se explicará más adelante.

2.2. El caso boliviano: bandera del reconocimiento del derecho humano al agua. Dentro de la corriente neoliberal que afectaba América Latina y el mundo, el 3 de setiembre de 1999, Bolivia otorgó una concesión de servicios de agua de la ciudad de Cochabamba al consorcio Aguas del Tunari formado por Bechtel, International Waters, Abengoa Servicios Urbanos y asociados bolivianos minoritarios (Morales Lamberti, 2009). En menos de un año, una masiva movilización conocida bajo el apelativo de «la Guerra del Agua» provocó la salida de esta empresa multinacional del territorio boliviano. Esto se debió al aumento desmedido en las tarifas del agua potable y del saneamiento que subsiguieron a la toma del servicio por esta compañía multinacional. Estas habían subido desde un 35% hasta un 200%, en algunos casos. En reacción a estas medidas, una alianza ciudadana, la Coordinadora de Defensa del Agua y de la Vida, movilizó a la población, sosteniendo como bandera el eslogan «el agua como derecho fundamental». Aunado con esto, pueblos indígenas se oponían a la privatización del servicio, puesto que, según la cosmovisión indígena, esto equivalía a una confiscación de recursos de la «Madre Tierra» (Corcelette, 2013). La manifestación adquirió una magnitud internacional, los activistas norteamericanos hicieron presión sobre Bechtel, que era el socio mayoritario en el consorcio, y sobre las autoridades bolivianas. Finalmente, el 10 de abril de 2010, el Gobierno boliviano puso fin al contrato de concesión de Aguas del Tunari y delegó la responsabilidad de su manejo a una compañía pública, incluyendo un control ciudadano de la misma (Petitjean, 2009).

Aguas del Tunari presentó una demanda en contra del Gobierno de Bolivia ante las instancias arbitrales del CIADI por violación de contrato y solicitó la protección del TLC entre Holanda y Bolivia, además de una indemnización de 25 millones de dólares. Bolivia se opuso y argumentó que la empresa no es una en-

tidad holandesa y que tampoco cuenta con socios holandeses (Marella, 2010). Las objeciones fueron rechazadas y el tribunal fue conformado según los términos del TLC Holanda-Bolivia. Diversas ONG y ciudadanos solicitaron al tribunal la posibilidad de ser partes en el proceso o, por lo menos, de ser escuchados a título de *amicus curiae*. El tribunal rechazó la demanda de intervención debido a la falta de consenso entre las partes de permitir el acceso de las ONG al proceso, al igual que la solicitud de acceso a la información. No obstante, gracias a la presión pública nacional e internacional —como las manifestaciones de grupos ciudadanos ante las oficinas de Bechtel en Estados Unidos, al igual que en Ámsterdam y en Washington (De la Fuente, 2000)—, la compañía finalmente renunció a la demanda a cambio de 2 bolivianos de parte del Gobierno de Bolivia (Orellana López, 2014).

Cabe resaltar que el caso boliviano se convirtió en un ejemplo mundial, y sirvió en la campaña para el reconocimiento por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas del derecho humano al agua, moción que fue presentada por el presidente Evo Morales de Bolivia y la cual obtuvo el apoyo de una gran mayoría de países. Se logró marcar, así, la victoria de varias luchas ciudadanas que reclamaban la protección del agua y la gestión común de este líquido vital (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010).

3. Se imponen nuevas reglas de transparencia en el arbitraje de inversión

Cabe destacar que los casos anteriormente expuestos, sumados a diversas controversias que se presentaron ante el CIADI relacionadas directa o indirectamente con el agua y el medioambiente, contribuyeron al replanteamiento de las reglas de procedimiento del arbitraje de inversión, que dieron lugar a la adopción en el 2014 del Reglamento sobre Transparencia en los Arbitrajes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 2014.

El objetivo de este reglamento es dar más legitimidad al arbitraje de inversión en la resolución de conflictos Estado-inversionista, en la medida que mediante él se trata de incorporar normas de transparencia con el fin de preservar el interés general inherente a este tipo de arbitraje (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2013). En efecto, dadas las numerosas críticas de las cuales había sido objeto este mecanismo, la CNUDMI vio la necesidad de integrar normas para mejorar el procedimiento.

No obstante lo anterior, el reglamento no es aplicable de manera automática si los litigios se generan en el marco de tratados de inversión concluidos antes del 1 de abril de 2014, puesto que las partes deberán aprobar expresamente su aplicación. Al contrario, si las controversias se generan en el marco de los tratados concluidos después del 1 de abril de 2014, el mismo es aplicable salvo si las partes deciden excluirlo (Cazala, 2014).

Este reglamento constituye ciertamente un avance en materia de transparencia que es muy necesario cuando se tratan asuntos de interés general. Sin embargo, la posibilidad para los terceros de intervenir en el mismo y de acceder a la información sigue siendo bastante limitado, puesto que el consentimiento de las dos partes aún es el pilar de este mecanismo.

Además, falta resolver otras falencias, como los casos de la nominación y de la neutralidad o independencia de los árbitros —elemento que deslegitima mucho este tipo de arbitraje (Prince, 2015; Malintoppi, 2015)—, al igual que la falta de coherencia en las decisiones, lo que permite que se generen decisiones contradictorias ante hechos muy similares. Por eso, se considera importante incluir un mecanismo de apelaciones de las decisiones arbitrales (Prince, 2015).

Finalmente, el punto álgido de insatisfacción general, aquel que hace del Estado una entidad secuestrada e inmovilizada, es el tema de la expropiación indirecta. Este tema, fuente de la mayoría de conflictos entre Estados e inversionistas, puede ser invocado en la medida en que una nueva norma estatal pueda tener un impacto en la actividad y beneficios de los inversionistas, aunque la misma no se dirija directamente a una inversión en particular. Esta norma ha sido objeto de revisión y modificación en los tratados de tercera generación, particularmente entre naciones con relaciones de poder más equilibradas, como es el caso del tratado de comercio entre Canadá y Europa.

3.1. El modelo del tratado de comercio Canadá-Europa.

Las inconsistencias y principales críticas al procedimiento arbitral y de los TLC parecen corregirse en los tratados de tercera generación, particularmente entre naciones con relaciones de poder más equilibradas. A título de ejemplo, con el TLC entre Canadá y la Unión Europea —Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG)— se intenta corregir las inequidades existentes en los antiguos TLC, y propone un equilibrio entre el poder de reglamentación y de protección del Estado anfitrión y los intereses de los inversionistas. Así, este acuerdo preserva el derecho de reglamentación de los Estados en materias esenciales tales como la salud pública, la seguridad nacional y la preservación del medioambiente (Prince, 2015, p. 28). Este tratado incluye una definición de lo que es considerado «expropiación indirecta», a diferencia de los antiguos acuerdos de libre comercio que no definían dicho concepto de manera detallada. Esta inclusión obedece, en realidad, a la presión de los grupos de ciudadanos europeos y de varias ONG que reivindican la protección de la sociedad y del medioambiente en estas negociaciones comerciales. Esta inclusión confirma, también, el poder de reglamentación de los Estados implicados, puesto que este nuevo acuerdo no impediría que los mismos puedan seguir promoviendo avances en materia de protección de derechos humanos y del medioambiente, y que dichos avances no sean entendidos como una expropiación de los inversionistas (Prince, 2015; Prince, 2016). La única manera de constatar una expropiación indirecta sería que el inversionista demuestre una intención de dolo por parte del Estado (Prince, 2016).

Aunado con esto, bajo la presión de movimientos ciudadanos europeos que pedían la adopción de un tribunal permanente que sustituyera a los árbitros privados nombrados *ad hoc* (Vaudano, 2016), y a pesar de que esta propuesta no pudo ser integrada como tal en el AECG, se previó la creación de un mecanismo de apelaciones completamente nuevo, lo que probablemente permitirá la corrección de las sentencias arbitrales y, de esta forma, mejorar en estos términos la justicia en los arbitrajes de inversión.

3.2. Los casos de Colombia y de El Salvador.

Ante la complejidad y la falta de eficacidad del mecanismo actual de arbitraje de inversión, cabe la pregunta acerca de cuál será el futuro de este mecanismo, particularmente cuando se debe resolver cuestiones fundamentales como los derechos humanos y la protección del medioambiente. Efectivamente, saltan a la vista las profundas contradicciones entre el derecho económico internacional y los derechos humanos y medioambientales. Pero, ¿qué preponderancia se debería otorgar? Y, ¿a cuál tipo de derecho?

Es en el marco de esta dicotomía que nació la controversia que debe enfrentar en este momento el Gobierno de Colombia —es la primera vez que Colombia ha sido demandada ante el CIADI—. Efectivamente, la Corte Constitucional de este país acaba de prohibir la explotación minera en los páramos, dada la fragilidad de estos ecosistemas, que actúan como esponjas o fábricas de agua, que alimentan los ríos y lagos, fuentes de vida y de alimentación de varias comunidades aledañas a las montañas. Esta reciente decisión del 2016 (Corte Constitucional de Colombia, 2016) pone en relieve la preponderancia del derecho humano al agua sobre el desarrollo minero, puesto que este derecho humano impone una obligación positiva al Estado, el cual debe impedir la contaminación de recursos de agua con el fin de poder garantizar el acceso a un agua de calidad y, al mismo tiempo, de proteger el derecho a un ambiente sano para todos. Como consecuencia de este pronunciamiento de la Corte Constitucional, que tiende a proteger los páramos de la minería, cerca de 473 licencias de explotación minera fueron suspendidas en Colombia, lo que afectó tanto a empresas nacionales como multinacionales, particularmente la empresa canadiense Eco Oro. El 29 de diciembre de 2016, esta minera presentó una demanda contra Colombia ante el CIADI, Eco Oro Minerals Corp. vs. Rep*ú*blica de Colombia (ARB/16/41), a través de la cual solicitó la protección del TLC entre Canadá y Colombia.

Seguramente se invocará la expropiación indirecta (art. 811 del TLC Canadá-Colombia), pero ante un tratado que no la define como tal, se cuestiona si es posible considerar la reciente definición de la misma, que ha sido clarificada en el tratado Canadá-Unión Europea. En este sentido, se podría decir que Colombia, y en particular la Corte Constitucional de ese país, al desear proteger el medioambiente y los recursos hídricos, y al verse obligada a aplicar el bloque constitucional compuesto por los tratados internacionales relacionados a los derechos humanos fundamentales que han sido ratificados por el país, tuteló el derecho humano al agua y a un medioambiente sano. De esta manera, la Corte cumple con las obligaciones internacionales y nacionales en materia de derechos humanos. Es poco probable que se pueda creer que el Estado o la Corte actuaron con dolo con el fin de generar una expropiación indirecta, puesto que no hay discriminación en cuanto a la nacionalidad. La decisión rige para todo el territorio y para todos los que actúan en el territorio colombiano. Los árbitros deberán pronunciarse al respecto, y este caso será observado mundialmente para ver en qué medida se legitima o pierde la escasa legitimidad que le queda a este mecanismo de resolución de controversias inversionista-Estado.

Parece haber esperanzas si se observa la reciente decisión del mes de octubre de 2016, Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador (ARB/09/12), en virtud de la cual El Salvador ganó el pleito que lo opuso a una multinacional que reclamaba cerca de 250 millones de dólares. El asunto estuvo relacionado con la denegación de un permiso de exploración por parte del Estado de El Salvador, el cual actuó en aras de salvaguardar los recursos hídricos, dados los grandes riesgos de contaminación de las aguas subterráneas. Los riesgos de contaminación y las obligaciones del Estado de El Salvador de salvaguardar el derecho humano al agua fueron muy bien expuestos por una coalición compuesta por seis organizaciones comunitarias que lograron participar en el proceso a título de *amicus curiae,* a quienes, no obstante, les denegaron el derecho de tener acceso a la información.

Luego de las audiencias, el tribunal condenó a la multinacional Pacific Rim a pagar, en compensación, a El Salvador 8 millones de dólares para cubrir cerca del 60% de los gastos de defensa.

Efectivamente, esta es una decisión que creó un nuevo precedente en materia de protección del medioambiente y del derecho humano al agua. Sin embargo, al no estar supeditados los árbitros a las decisiones anteriores, la incertidumbre aún reina en el campo. Entonces, no se puede afirmar que este mecanismo ofrezca una verdadera «seguridad jurídica». Se seguirá de cerca la evolución de las decisiones en la materia, como en el caso de Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, la cual nos dará las pautas sobre el carácter imperativo de reevaluar este mecanismo de resolución de controversias.

4. Conclusión

La incompatibilidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las inversiones es flagrante. Los recientes desarrollos, más particularmente en lo que concierne al derecho humano al agua, ponen en entredicho los antiguos TLC y los poderes casi absolutos que habían sido acordados a los inversionistas para la explotación de los recursos naturales y la privatización de los servicios públicos, particularmente del agua potable y del saneamiento. Así, el derecho internacional económico se ha destacado por favorecer los intereses de las multinacionales, en la medida en que los TLC tenían como objetivo principal promover los negocios y proteger a los inversionistas.

Estos dos campos del derecho se habían desarrollado de manera paralela y, como persiguen objetivos diferentes, es normal que haya fuertes incompatibilidades entre sí. Pero, ¿cómo conciliar los intereses cuando la globalización y los TLC han disminuido considerablemente los poderes de reglamentación de los gobiernos? ¿No deberíamos interpretar los TLC de manera compatible con los tratados de derechos humanos y de protección del medioambiente? Se propone, entonces, realizar una interpretación evolutiva de los mismos con el fin de que dicha lectura sea concordante con la evolución de nuevos derechos humanos, como es el derecho humano al agua y a un ambiente sano. Efectivamente, en un contexto en el cual los avances científicos nos permiten comprobar los efectos reales e inmediatos de las actividades humanas sobre el planeta, el calentamiento global

aparece como una de las alarmas que nos indican que estamos atravesando una crisis ambiental global sin precedente.

Los Estados se encuentran en una encrucijada ante los dobles e incompatibles compromisos que han venido adquiriendo. Por un lado, si el Estado trata de respetar los TLC sin preocuparse de los derechos humanos, puede ser objeto de una demanda ante los organismos responsables de la aplicación de los pactos o convenciones relacionados con los derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros. Por otro lado, si el Estado intenta privilegiar la protección de los derechos humanos y del ambiente, incluyendo sus recursos hídricos (como derecho humano y como componente del medioambiente), podría ser objeto de demandas ante los tribunales arbitrales de inversión, por expropiación indirecta.

Una posible solución es resaltar, como se hizo a título de conclusión de tan interesante congreso, que los derechos humanos son un fin en sí mismos, mientras que el derecho económico y de las inversiones no es sino un medio para alcanzar el bienestar humano y el buen vivir en armonía con la naturaleza.

REFERENCIAS

Accord Économique et commercial global Canada-Europe. Recuperado de http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010). *Le droit fondamental à l'eau et à l'assainissement* (A/64/L.63/Rev.1).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2013). Adoption du règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et règlements d'arbitrage (A/68/462). Recuperado de https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/446/00/PDF/N1344600.pdf?OpenElement

Azpiazu, D. (2010). Privatización del agua y el saneamiento en Argentina: El caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A. *Vertigo*, Hors-série 7. Recuperado de https://vertigo.revues.org/9730

Cazala, J. (2014). Le règlement de la CNUDCI sur la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités. *Journal of International Arbitration*, *4*, 1-11.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. (2014). *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*. Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

Corcelette, C. (2013). Bolivie: la guerre de l'eau. *Le journal international*. Recuperado de http://www.lejournalinternational.fr/Bolivie-la-guerre-de-l-eau_a1305.html

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-035-16, du 8-02-16. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm

De la Fuente, M. (2000). La «Guerra» por el agua en Cochabamba. Crónica de una dolorosa victoria. Cochabamba. Recuperado de http://www.umss.edu.bo/Academia/Centros/Ceplag/AguaMDLF.PDF

Echaide, J. (2013). Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA).

Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia, n.º ARB/16/41 (CIADI). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?-CaseNo=ARB%2f16%2f41

Malintoppi, L. (2015). Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI. En C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*. Paris: Pédone.

Marrella, F. (2010). On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration. *International Community Law Review*, *12*, 335-359.

Mayer, P. (2011). Les arbitrages CIRDI en matière d'eau, dans Société française pour le droit international. *L'eau en droit international*. París: Pédone.

Morales Lamberti, A. (2009). Tratados bilaterales de inversión y conflictos en la prestación de servicios de agua potable y saneamiento: responsabilidad contractual y ambiental. En L. Pastorino (dir.), *El Agua*. Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Orellana López, A. (2014). Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión. Red por la Justicia Social en la Inversión Global. Recuperado de http://www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article1871&debut_articles_rubrique=75

Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador, n.º ARB/09/12 (CIADI).

Paquerot, S. (2016). Conflits de rationalités: eaux, climat et santé. Conférence, Colloque sur l'eau: *L'eau, enjeu de pouvoirs, objet de tensions* – 31 octobre 2016. Quebec: Conseil québécois d'études géopolitiques, Université Laval.

Petitjean, O. (2009). La «guerre de l'eau» à Cochabamba, dans Les grands enjeux de l'eau. L'eau, bien publique ou bien privé: luttes locales et entreprises multinationales. Recuperado de http://www.partagedeseaux.info/La-guerre-de-l-eau-a-Cochabamba

Prince, H. (2015). Contribution de l'Accord économique et commercial entre le Canada et l'Union européenne (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État. *Lex électronica*, *20*(2), 3-37.

Prince, H. (2016). Le droit matériel des investissements dans l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG): Un modèle transposable pour une *Lex Mediterranea* des investissements?. En F. Osman (dir.), *Vers une lex mediterranea des investissements.* Bruselas: Bruylant.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI).

TLC Canadá-Colombia - Traité de libre-échange Canada-Colombie. Recuperado de http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra

Vaudano, M. (2016). L'Europe et le Canada modifient leur accord CETA pour faire face les critiques. *Le Monde.* Recuperado de http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2016/03/02/leurope-et-le-canada-modifient-leur-accord-ceta-pour-faire-taire-les-critiques/

Organización Mundial del Comercio. (2017). Some figures on Regional Trade Agreements notified to the GATT/WTO in force. Recuperado de http://rtais.wto.org/ui/publicsummarytable.aspx

EL DERECHO AL AGUA Y EL DERECHO A LAS INVERSIONES: PERSPECTIVAS

Mónica Marcela Andino
Departamento General de Irrigación de Mendoza | Argentina

En el presente artículo, se expone un marco general del derecho humano al agua en la Argentina. Asimismo, se plantea un panorama histórico del servicio de agua potable y saneamiento en ese país, concretamente el caso de los prestadores de dicho servicio en la provincia de Mendoza.
Finalmente, se desarrolla la problemática de la protección a las inversiones extranjeras desde la experiencia argentina, específicamente el caso de Saur International S.A. ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

1. Introducción

A partir de la década de 1990 del siglo pasado, la mayoría de los países de América Latina, con el objeto de apalear las cíclicas crisis económicas que los aquejan, han suscripto con países desarrollados Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), cuya finalidad es dar a los inversionistas, principalmente, seguridad jurídica en relación a la circulación de los capitales que inviertan y que, por lo general, no contienen ninguna norma relacionada al respeto de los derechos humanos o a la protección del ambiente.

Dichos acuerdos, en términos generales, implican una limitante al poder estatal que lo constriñe a no aplicar ciertas normas locales que puedan afectar a los inversores en sus derechos o expectativas y, en caso de conflictos, ser llevado ante tribunales arbitrales especiales, los que tiene una nula o mínima consideración sobre el respeto a los derechos humanos[1].

No obstante ello, en el 2015, el 85% de las medidas adoptadas por los poderes públicos de los Estados anfitriones fueron favorables a los inversores y los flujos mundiales de inversión extranjera directa aumentaron en aproximadamente un 40%, hasta alcanzar USD 1,8 billones, el nivel más alto desde el comienzo de la crisis económica y financiera mundial en el 2008, lo que refleja que la práctica de suscribir TBIs no se detiene (UNCTAD, 2016, p. 3).

1 Si bien el auge de los TBIs se da a partir de la década de 1990, muchos países como Ecuador y Argentina comenzaron a firmar este tipo de tratados, ideados en Alemania, en la década de 1960.

Paralelamente, la comunidad internacional, y de manera más significativa América Latina, ha reconocido, a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, y en particular a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, una serie de derechos humanos, entre ellos, al acceso al agua potable y al saneamiento.

Como consecuencia de ello, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos, lo que en la práctica implicará provocar modificaciones a sus regímenes jurídicos, las que pueden entrar en colisión con las garantías de seguridad que el mismo Estado se comprometió a dar a ciertos inversores a través de los TBIs suscriptos.

Ello genera un escenario donde los Estados enfrentan la difícil situación de garantizar, por un lado, los derechos de los inversores que le aportan recursos financieros y, por el otro, los derechos humanos de sus habitantes, lo que lo hace responsable interna e internacionalmente por las afectaciones que provoque a tales derechos, por lo que puede ser condenado al pago de abultadas sumas de dinero que, en algunas ocasiones, pueden ser similares a las inversiones recibidas.

En el presente trabajo, pretendemos abordar y demostrar estos extremos con un ejemplo concreto vinculado al derecho al agua potable y saneamiento en Argentina, para luego reflexionar sobre las perspectivas de posibles soluciones al enfrentamiento del derecho de los inversores y los derechos humanos.

2. El derecho humano al agua y al saneamiento en Argentina, estado de situación

El reconocimiento del derecho al agua (potable) y al saneamiento como derecho humano esencial (DHAS), formulado por la Observación General n.º 15, emitida en noviembre del 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y consagrada plenamente por la Asamblea General de Naciones Unidas en julio del 2010 mediante la Resolución 64/292[2], genera la necesidad de revisar el grado actual de eficacia de este derecho en la Argentina, en cuanto es un aspecto formal y material, para luego cotejarlo con el objeto del presente trabajo[3].

La Observación General n.º 15[4] aborda el derecho al agua recogiéndolo de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto al cual sostiene que:

2 La Resolución n.º 64/292 dispone que los Estados tienen la responsabilidad de desarrollar todos los instrumentos y mecanismos adecuados, que pueden comprender legislación, planes y estrategias integrales, para la realización de las obligaciones de los derechos humanos referentes al acceso al agua potable y al saneamiento.

3 La Observación General n.º 15 interpreta el derecho humano al agua como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico, y por saneamiento a aquel sistema para el recojo, transporte, tratamiento y eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene.

4 Otra Observación General como la n.º 12, cuando desarrolla el derecho a una alimentación adecuada, se refiere al derecho al agua —agua potable en particular— como parte de la alimentación adecuada; y la Observación General n.º 14 también lo considera al referirse al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, es decir, el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua.

> […] el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. […] Los estados partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general[5]. (Comité DESC, 2002)

En Argentina, si bien a nivel constitucional no existe un reconocimiento expreso de tal derecho, como ocurre en algunas constituciones latinoamericanas[6], la Constitución Nacional, al haber otorgado a algunos tratados de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales celebrado en 1966, rango constitucional (art. 75 inc. 22), permite interpretar que el acceso al agua y el saneamiento resultan indispensables para la satisfacción de otros derechos reconocidos como «humanos», como el derecho a la vida[7]. En otras palabras, el ámbito del derecho humano al agua solo podrá circunscribirse al uso del agua para consumo humano directo, siendo las condiciones de satisfacción la disponibilidad, calidad y accesibilidad física, económica, no discriminativa e informativa.

Como antecedente concreto en la materia, la República Argentina asumió como propios los Objetivos de Desarrollo del Milenio (en adelante ODM), que surgieron como metas del compromiso asumido por 191 Estados miembros de las Naciones Unidas en el Pleno de la Cumbre del Milenio, celebrada en el año 2000, las cuales consisten en promover la lucha contra la pobreza y que instan a la sociedad internacional a reducir a la mitad, para el 2015, el porcentaje de personas que en 1999 no tenían acceso al agua potable y saneamiento (Meta 7c)[8]. En particular, la Argentina fue más allá, comprometiéndose a reducir para esa fecha en dos tercios la población carente de los servicios de agua y saneamiento[9].

Por otra parte, la Argentina aprobó en el año 2003 una serie de principios en materia de política hídrica, los denominados Principios Rectores de Política Hídrica (PRPH)[10], entre los que se reconoce de manera expresa al agua potable y saneamiento como un derecho humano básico (Principio n.º 8)[11].

---

5 De este modo, la Observación n.º 15 (2002) insiste en la necesidad de disponer de instrumentos para garantizar la aplicación del derecho al agua en el derecho interno, poniendo en marcha mecanismos efectivos de participación pública ante la Administración, así como de acceso a la información y a la justicia.

6 Como ejemplo de ello puede citarse la Constitución de Bolivia.

7 Sobre la situación del derecho al agua y al saneamiento en la Argentina, se recomienda la lectura de Pinto, Martín y Justo.

8 Sobre la sinergia entre el Derecho Humano al Agua y los ODM, se recomienda la lectura del Documento de proyecto El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio de UN-CEPAL, elaborado por Justo (2013).

9 Lo que implicaba alcanzar el 90% de cobertura en agua y el 75% de cobertura en cloaca.

10 El 8 de agosto del 2003 se celebró el Acuerdo Federal del Agua, que estableció los 49 Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina.

11 El consumo de agua no potable y la falta de servicios de saneamiento adecuados constituyen causas principales de enfermedades que impactan negativamente en el desarrollo de las comunidades, la salud de la población y la integridad de los ecosistemas. La atención a estos problemas

Asimismo, en el año 2015, en el marco de la Agenda de Naciones Unidas 2030 para el Desarrollo Sostenible, que contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[12], los Estados parte, entre ellos la Argentina, asumen el compromiso de lograr, para 2030, el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos, al igual que el acceso equitativo a servicios de saneamiento e higiene adecuados[13].

Tal falta de declaración formal de tal derecho ha sido suplida por una vasta jurisprudencia tanto de tribunales de provincia[14] como de la Corte Suprema de Justicia argentina, la que en varias oportunidades ha reconocido la existencia de un derecho humano al agua. En particular, ha sostenido: «Que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces»[15].

En la actualidad, puede decirse que el derecho humano al agua y al saneamiento es ampliamente reconocido circunscribiéndose hoy la discusión en cuanto al alcance de tal derecho o si solo es un derecho de la persona humana o si, por el contrario, puede hacerse extensivo a personas jurídicas.

No obstante estos reconocimientos formales y los mandatos normativos derivados de ellos, conforme a documentos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de Naciones Unidas, aproximadamente 33 millones de personas en América Latina carecen de servicios mejorados de agua potable, mientras que 121 millones no tienen acceso al saneamiento, siendo los sectores de áreas rurales y grupos de menores ingresos los más afectados (como se cita en Justo, 2013, p. 41).

En particular, en la República Argentina, según se desprende de los datos arrojados por el último censo realizado en el 2010, aproximadamente 32,8 millones de habitantes tienen acceso al agua potable por red pública y 19,4 millones de

---

exige la integración de las cuestiones relativas al agua potable y al saneamiento en las políticas de gestión de los recursos hídricos y la disponibilidad de recursos financieros permanentes para mejorar y aumentar las coberturas de agua potable y saneamiento para la totalidad de la población urbana y rural. Asimismo, el impacto de la contaminación directa e indirecta sobre las fuentes de agua destinadas al consumo humano requiere el desarrollo de investigaciones sistemáticas sobre la incidencia de su calidad en los indicadores de salud de la población.

12 Ello con la finalidad de poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático.

13 Objetivo DS n.º 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. Para 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos y lograr el acceso equitativo a servicios de saneamiento e higiene adecuados para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones vulnerables.

14 C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 1ª, 18/7/2007, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia vs. Ciudad de Buenos Aires. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV Fecha: 06/05/2009 Vallejos Ripoll, Carlos María vs. Aguas de Corrientes S.A. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV Fecha: 09/11/2012 Romero, Andrea Cecilia y Núñez de Romero, Mónica I. vs. Aguas de Corrientes S.A.

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Defensor del Pueblo de la Nación* vs. Estado Nacional y otra, resolvió el 18/9/2007. Corte Suprema de Justicia 42/2013 (49-K) Recurso de Hecho "Kersich, Juan Gabriel y otros vs. Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo, sentencia del 2.12.2014.

personas cuentan con desagüe de inodoro a red pública (cloaca). Esto implica que la cobertura de agua es del 83% y la cobertura de cloaca es del 49%[16], por lo que se puede afirmar que aún resta mucho por hacer en Argentina antes de poder decir que el Estado está, efectivamente, adoptando las medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966).

3. El servicio de agua potable y saneamiento en Argentina. Un poco de historia

La aparición de una epidemia en 1867, que afectó gravemente a la población argentina, generó la necesidad de implementar una adecuada infraestructura de saneamiento. Por ello, en 1869 comienza la habilitación de los primeros servicios de abastecimiento de agua potable y desagües en Buenos Aires mediante la concesión a una empresa privada, la Buenos Aires Water Supply.

Con posterioridad, ya en la primera década del siglo XX, los mismos servicios son extendidos a las capitales de provincias y a la mayor parte de las ciudades urbanas del interior del país.

Un año después de la crisis económica nacional acaecida en 1890 se produjo la rescisión contractual con la concesionaria del servicio, asumiendo desde entonces la Nación la responsabilidad del saneamiento urbano[17].

En 1912, se crea para su implementación un organismo denominado Obras Sanitarias de la Nación, mediante el dictado de la Ley n.º 8.889 del 18 de julio de 1912, destinado al estudio, construcción y administración de obras destinadas a la provisión de agua potable para uso doméstico en las ciudades, pueblos y colonias de la Nación.

Este organismo expandió los servicios de provisión de aguas y desagües cloacales en la Capital Federal y prestó apoyo técnico, económico y operativo a todas las ciudades del interior del país que lo requerían, principalmente por la insuficiencia de medios financieros y técnicos de las provincias[18].

En 1943, se produce la transformación jurídica de Obras Sanitarias de la Nación, convirtiéndose por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n.º 2.743 del 14 de julio de 1943 (art. 4.º) en la Administración General de Obras Sanitarias de la Nación. En 1949, mediante la Ley n.º 13.577, se dictó la Ley Orgánica de dicha Administración, por la que era responsable del 85% de la actividad del sector, ejerciendo su rol de planificador, constructor y operador de los servicios de pro-

16 Censo 2010 realizado por el Instituto de Estadísticas y Censos de Argentina y que tuvo lugar el 27 de octubre del 2010.

17 Por Ley Nacional n.º 2927 del 30 de diciembre de 1892, se crea la Comisión de Obras de Salubridad. En el año 1909, se elaboró el primer plan nacional de saneamiento.

18 En 1910, 14 capitales de provincia contaban con servicios públicos de provisión de agua y 4 de ellas tenían desagües cloacales. En 1940, los servicios alcanzaron —como ya se dijo— su máxima expansión, puesto que, además de la Capital Federal, fueron extendiéndose a 14 distritos de la Provincia de Buenos Aires. Ello dio origen a un sistema unificado que perduró hasta el momento del concesionamiento.

visión de agua y desagües cloacales en la Capital Federal, el Gran Buenos Aires y la casi totalidad del país[19].

Este desarrollo fue posible gracias a que el Estado contaba con un gran potencial económico basado en el auge agrícola-ganadero, con el cual se sostenía la obra pública y la inversión. Con el tiempo, al no generar rentabilidad la prestación del servicio, por ser una actividad pública que constituía una obligación del Estado frente a la población, comenzó a producirse una falta de financiamiento del sector, a lo que se sumó la creciente inflación y una política tarifaria permanente que no lograba alcanzar a cubrir los gastos corrientes de operación y mantenimiento.

Todo ello provocó un retraso en la operación y el mantenimiento de los servicios, en los niveles de expansión del saneamiento y la imposibilidad de una reactivación del sector que puso fin al auge acontecido en la década de 1940[20]. Con posterioridad, por Ley n.º 20.324, se produce una nueva transformación jurídica de dicha Administración, que pasa a ser persona jurídica de carácter público, empresa del Estado Nacional, denominada Empresa Obras Sanitarias de la Nación (OSN)[21].

Con el fin de superar las consecuencias negativas de aquel modelo intervencionista, se impulsó una reforma del Estado que no solo se limitó a reducir el déficit fiscal, sino que, además de ello, tenía como objetivos la racionalización administrativa y la modernización estatal.

La mencionada reforma fue impulsada por la Ley n.º 23.696 de Reforma del Estado y su Decreto Reglamentario fue el n.º 1105/89. Con ella se pretendió dar una urgente solución al momento de emergencia que atravesaba el país; sin embargo, al no haber sido acompañada con un necesario proceso evolutivo de transformaciones económicas, sociales y políticas, los impactos que su aplicación produjo marcaron esa década[22].

La consecuente transformación del modelo estatal se concretó mediante la implementación de distintos instrumentos administrativos, tales como privatizaciones, concesión por iniciativa pública o privada, provincialización, municipalización, cooperativismo, programa de propiedad participada, etc.

En virtud de ello, actividades o servicios públicos como el de agua potable y saneamiento, que hasta ese momento prestaba el Estado en forma directa o a través de empresas o entes bajo su dominio, migraron hacia el sector privado[23].

---

19 Se fijó como finalidad de la misma el estudio, proyecto, construcción, renovación, ampliación y explotación de obras de provisión de agua, saneamiento urbano en la Capital Federal y ciudades y pueblos de la República, y la exploración, alumbramiento y utilización de aguas subterráneas.

20 Para paliar esta situación, se incentivó la participación comunitaria, lo que dio lugar a que la propia población asumiera, a partir de ese momento, gran parte del costo de las redes de distribución que se instalaban y se concretaron los primeros créditos con organismos internacionales, tendientes al desarrollo de requerimientos básicos.

21 Publicada en el B.O.N. de fecha 27 de abril de 1973.

22 B.O.N. de fecha 23 de agosto de 1989. Dicha norma fue acompañada por la Ley n.º 23.697 de Emergencia Económica, publicada el 25 de setiembre de 1989.

23 En el caso de servicios públicos, la privatización no implica que el Estado pierda la titularidad del mismo, ya que el artículo 75, inc. 18, de la Constitución Argentina legitima la explotación de los servicios públicos por particulares, lo que implica una transferencia de la «actividad» a los particulares. No se privatiza la titularidad, solo se transfiere el «ejercicio de una competencia», que sigue siendo pública. En otras palabras, se despublifica «la actividad».

Este proceso denominado de privatización implicó que el Estado, abandonando su rol de empresario y prestador de servicios, entregaba a las empresas privadas la gestión de los servicios públicos, cambiando su rol de «gestor» por el de «controlador», sentando con ello las bases de una política de desregulación económica[24].

El movimiento reformista del modelo estatal intervencionista tuvo también eco en las distintas jurisdicciones provinciales, que llevaron a cabo sus propios programas de transformación estatal hacia los nuevos paradigmas de finales de siglo pasado. La provincialización de los servicios de provisión de agua y desagües prestados hasta entonces por Obras Sanitarias de la Nación se produce a comienzo de la década de 1980, reservándose a esta exclusivamente la competencia en el sistema unificado de Capital Federal y 14 distritos del Gran Buenos Aires[25].

En ese marco, se privatizaron, entre otras, Obras Sanitarias de la Nación (OSN), Agua y Energía Sociedad del Estado, Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA) e Hidroeléctrica Norpatagónica Sociedad Anónima (Hidronor SA).

En 1990, se dictó el Decreto n.º 2074/1990 por el que se dispuso la concesión de los servicios de distribución y comercialización prestados por la Empresa y la consecuente operatividad de las plantas de producción y tratamiento para la atención de los servicios.

En abril de 1993, se celebró el contrato de concesión por un plazo de treinta años entre el Estado Nacional y Aguas Argentinas S.A., proveniente del llamado a Licitación Pública Internacional, en el que se establecieron las condiciones técnicas y operativas de cumplimiento obligatorio para el adjudicatario, mediante las cuales se aseguraría la prestación del servicio. La concesión se adjudicó mediante la Resolución n.º 155/1992 de la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones *ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional, y por Resolución del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos n.º 906 Obras Sanitarias de la Nación fue declarada en estado de disolución y liquidación[26].

---

24 Como consecuencia del plan de privatizaciones, pasaron al ámbito privado las empresas estatales Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado, entre otras. Con posterioridad, y una vez que el movimiento privatizador estuvo consolidado, les siguieron Gas del Estado Sociedad del Estado, el paquete accionario de YPF (convertida a esos efectos en Sociedad Anónima), Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (ENCOTEL), el Hipódromo Argentino, Aeropuertos y Banco Hipotecario Nacional, entre otros.

25 Por Ley n.º 6072, sancionada el 23 de octubre de 1993, se aprobó un acuerdo suscripto entre el Estado de Mendoza y la Nación, en el que la provincia se compromete a propender a la privatización total o parcial o a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras, cuya gestión actual se encuentre a cargo de las provincias o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente a las provincias, y a adoptar las modalidades, procedimientos y acciones establecidos por la Ley Nacional n.º 23.696 de Reforma del Estado, y por los artículos 1 y 2, 23, 36, 42 a 47, 60 y 61 de la Ley Nacional n.º 23.697 de Emergencia Económica, los que, adecuados al ordenamiento provincial, eran de aplicación directa en las provincias.

26 Aguas Argentinas S.A. estaba constituida por las firmas Lyonnaise des Eaux - Dumez, Sociedad Comercial del Plata S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Melller S.A., Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Compagnie Generales de Eaux S.A. y Anglian Water PLC. Fuente: *Expediente de cierre de Obras Sanitarias de la Nación.*

Sin embargo, no fue mucho el tiempo de duración de esa concesión debido a que se advirtieron reiterados incumplimientos del contrato de concesión y en especial de las obras proyectadas, a lo que se sumaron varias disputas con el Poder Ejecutivo, principalmente sobre asuntos tarifarios. Como consecuencia de ello, durante el gobierno del presidente Néstor Kirchner se anuló por Decreto, de fecha 21 de marzo del 2006, la concesión que ligaba al Estado y Aguas Argentinas SA, reestatizándose el servicio, para lo cual se creó una nueva empresa estatal, Agua y Saneamientos Argentinos (AySA)[27].

3.1. Prestadores del servicio de abastecimiento poblacional y saneamiento en la Provincia de Mendoza.

En materia de gestión de agua potable, en la Provincia de Mendoza también pueden encontrarse antecedentes de transferencia de actividades públicas a manos privadas. Como ejemplo de ello, podemos mencionar el caso de la «subasta de aguas», formalizada a través del contrato de «abasto del río», el cual consistía en que se trasladaba al contratista (llamado subastador) la provisión de agua a los regantes y usuarios registrados y las obras y tareas necesarias para ello. El subastador debía pagar un canon al Estado por la concesión y obtenía como ganancia la diferencia entre ese canon y la recaudación de lo pagado por los regantes en razón de sus derechos de agua.

El uso especial del agua para abastecimiento de poblaciones en Mendoza tuvo una conformación más temprana que las restantes regulaciones de los usos del agua.

En los orígenes del constitucionalismo mendocino (Constitución de 1855), el manejo de las aguas en materia de abastecimiento urbano, para bebida humana y arbolado público, fue otorgada a los municipios, quienes adoptaron las primeras medidas de saneamiento y suministro de aguas, tales como desinfectar semanalmente las letrinas, tapar pantanos y pozos de aguas estancados, hacer y limpiar acequias urbanas, prohibir sacar agua de acequias que «no estuvieran perfectamente limpias», etc. (Pinto, Rogero, Andino, 2005, p. 124).

Ya a comienzos de la primera mitad del siglo XX, como vimos en el apartado anterior, el servicio de agua potable y saneamiento era prestado en la ciudad capital de la provincia por la Dirección de Obras Sanitarias de la Nación, con la que la Provincia de Mendoza suscribió diversos convenios[28].

Hasta 1980, la prestación, administración y control del servicio público de agua potable, desagües cloacales e industriales en el territorio de la Provincia de Mendoza estuvo en manos de aquella Dirección (de Obras Sanitaria de la Nación) y de la Dirección de Obras y Servicios Sanitarios de la Provincia en forma conjunta. Además, intervenían en la prestación del servicio algunos municipios locales, como los de las ciudades de Maipú y Luján.

27 La empresa quedó bajo el control operativo de la Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias, reteniendo los trabajadores el 10% de los activos que les corresponden según el Programa de Propiedad Participada implementado al privatizarse Obras Sanitarias de la Nación.

28 Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza de fecha 02 de noviembre de 1949.

En ese año, en el marco del proceso de reforma del Estado al que ya hemos hecho alusión, se produce la provincialización de los servicios públicos que prestaba la nación, que fueron transferidos a la Provincia de Mendoza. Todos ello se produce mediante la celebración de un convenio con el Estado Nacional, aprobado por la Ley n.º 4.451[29].

A raíz de ello y mediante la Ley provincial n.º 4.479 del 7 de noviembre de 1980, se creó un organismo provincial que asumió la prestación del servicio público de agua potable, desagües cloacales e industriales, Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado (OSM SE), administrada por un directorio cuya integración era designada por el Ejecutivo provincial[30].

Con posterioridad, a fines del siglo pasado, y en consonancia con el impulso privatizador del Estado Nacional, se implementa en Mendoza una política de privatizaciones que incluyó los servicios de agua potable, desagües cloacales e industriales y servicio eléctrico[31]. Como consecuencia se produce el reordenamiento institucional de la prestación de los servicios de provisión de agua potable y de saneamiento y la protección de la calidad de agua en el ámbito de la Provincia de Mendoza, instrumentado a través de la Ley n.º 6.044, de agosto de 1993[32].

En tal marco legal, se declara sujeta a concesión la operación del servicio de agua potable y saneamiento, reservándose el Estado Provincial las funciones de control, regulación y policía, que ejercería por intermedio de una autoridad estatal denominada Ente Provincial del Agua y Saneamiento (EPAS).

---

29 Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza de fecha 09 de septiembre de1980.

30 Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza de fecha 25 de noviembre de 1980.

31 El proceso privatizador abarcó también Bodegas y Viñedos Giol, los Bancos Provinciales y las presas hidroeléctricas Los Nihuiles.

32 La Ley n.º 6.044 prevé la creación, a través de un decreto del Poder Ejecutivo, de una sociedad anónima, la celebración de contratos de concesión del servicio, y de transferencia de activos y personal, y por último la liquidación de la Empresa OSM Sociedad del Estado, como así también la incorporación de capital privado en dicha sociedad anónima por aumento de capital social. Al término de la concesión, el servicio revertiría al Estado Provincial, con todas las instalaciones, adelantos tecnológicos y mejoras, sin compensación alguna, consolidándose así en el ordenamiento positivo la noción de titularidad estatal del servicio concesionado. Culminando el proceso, por Decreto n.º 1530/94 del Ejecutivo Provincial se crea Obras Sanitarias Mendoza S.A. El proceso privatizador original implicaba articular dos contratos simultáneos: por un lado, un contrato de concesión de servicios públicos entre la provincia de Mendoza y OSM SA; y por el otro un contrato de gerenciamiento entre OSM SA y un gerente privado. Luego, este último contrato quedó sin efecto y la legislatura local autorizó al Ejecutivo a la venta de las acciones de titularidad provincial por el procedimiento de licitación pública nacional-internacional a la oferta más conveniente según la capacidad técnica para operar servicios sanitarios y el mejor precio (Ley 6410, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia Mendoza de fecha 23 de agosto de 1996). Este cambio de sistema de integración de capital, que dejó sin aplicación el contrato de gerenciamiento previsto originalmente, tuvo su fundamento en que este tipo de contratos, importados de regímenes jurídicos como el norteamericano y europeo, no encontraba una base normativa típica en nuestro país que permitiera resolver, en un marco de seguridad jurídica adecuado, las controversias que pudieran suscitarse coexistiendo simultáneamente un Contrato de Concesión (Provincia de Mendoza/OSM SA) y un Contrato de Gerenciamiento (OSM SA/Gerente).

La operación del servicio público comprendía la producción, distribución y comercialización de agua para abastecimiento de la población, incluida la potable, desagües cloacales e industriales.

En resumen, después del proceso de privatización que concluyó en 1998, la principal prestadora del servicio de agua, abastecimiento poblacional y saneamiento era Obras Sanitarias Mendoza S.A., empresa privada con capitales extranjeros, la que en el año fue liquidada.

En la actualidad, es la empresa con capital estatal mayoritario AySAM la que presta el servicio en el territorio mendocino, junto con operadores municipales (Luján, Maipú y Tupungato) y alrededor de 196 operadores comunitarios[33].

4. Tratados de protección a las inversiones extranjeras. Experiencia argentina

Los países en desarrollo principalmente, entre ellos la República Argentina, por sus constantes crisis financieras, han requerido desde hace varias décadas de inversiones extranjeras que, entre otras cosas, financien infraestructura para la prestación de servicios básicos. Con ese objeto y con la creencia no comprobada de que dar ventajas especiales a inversores extranjeros por sobre los nacionales los atraería, la Argentina suscribió entre 1990 y el 2001 más de 58 tratados de protección a las inversiones extranjeras (TBIs)[34].

Si bien no existe un modelo tipo de tratado, todos son muy similares, con cláusulas duras que se reiteran y que refieren al libre flujo del capital invertido, la Nación más favorecida, el Trato Justo y Equitativo, el Trato nacional, la supervivencia del tratado, la prórroga de jurisdicción y de legislación local, restricciones sobre expropiación y, en su caso, compensación «rápida, adecuada y efectiva»[35] y, por lo general, ninguna referencia a los derechos humanos.

Básicamente, por dichos tratados bilaterales el Estado receptor de la inversión se compromete a dar mayor seguridad jurídica a las empresas de nacionalidad de la otra parte mediante la anulación de su potestad regulatoria y la prórroga de su jurisdicción en favor de un tribunal arbitral (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI)[36] que se constituye con tres árbitros *ad hoc* (elegidos para cada caso), que excluyen los jueces y normas locales, no

33 De 1 700 000 mendocinos que tienen acceso al agua potable, aproximadamente un 15% recibe ese servicio público de pequeños operadores, que son mayoritariamente cooperativas de servicios públicos mutuales o uniones vecinales, que se hallan dispersos en todo el territorio provincial principalmente en zonas rurales, controlados por el EPAS.

34 Argentina es uno de los Estados que ha suscripto más TBIs en el mundo y en razón de su carácter de país federal será siempre el legitimado pasivo de las demandas que por ante el CIADI se planteen por la actuación o incumplimientos de los Estados provinciales.

35 Los TBIs que la Argentina tiene suscrito con Estados Unidos contienen expresamente una cláusula en tal sentido.

36 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscripto en el año 1965. La Argentina se adhirió al CIADI el 19 de octubre de 1994.

siguen un criterio uniforme, no aplican laudos anteriores, ni mucho menos principios que rigen, por ejemplo, en materia de servicios públicos[37].

Además de ello, la principal objeción que puede formularse a dichos tratados es la amplitud de sus cláusulas, por ejemplo la de Trato Justo y Equitativo frente a normas ambientales locales que impongan determinadas restricciones al actuar de las empresas en protección de los recursos naturales, lo que requerirá en el caso concreto interpretaciones por parte de los tribunales arbitrales que por regla son en favor de los inversionistas[38].

> Eso es lo que sucede con el régimen de protección de inversiones —cuyo funcionamiento actual parece tener por meta asegurar la estabilidad del entorno jurídico y económico de las inversiones extranjeras— frente al régimen de tutela de los derechos humanos —que implica asumir el deber de transformar muchos aspectos de ese entorno para alcanzar las metas de satisfacción de los derechos consagrados en los tratados, en especial en aquellos países más alejados de las condiciones mínimas de disfrute de tales derechos. (Bohoslavsky y Justo, 2015)

Los conflictos más comunes que se generaron en la Argentina y que involucraron a los TBIs por ella suscritos se dieron con los inversionistas que asumieron la gestión de las privatizadas empresas prestadoras de servicios públicos cuyos contratos firmados en la década de 1990 del siglo pasado se vieron afectados ante la crisis de los años 2001-2002, puesto que sus tarifas se hallaban dolarizadas[39].

En el contexto de la última crisis económica financiera argentina y tras la devaluación del peso, las empresas privatizadas pretendieron mantener el valor de sus tarifas (lo cual implicaba casi cuadruplicar su valor). Ante la primera negativa del Estado a acceder a dichas pretensiones, las empresas utilizaron el mecanismo de demandas arbitrales ante el CIADI, alegando haber sido afectadas por medidas equivalentes a la «expropiación».

A raíz de ello, diversas empresas privadas con capitales extranjeros prestadoras del servicio de agua potable y saneamiento acudieron a tribunales arbitrales internacionales alegando la lesión de los derechos protegidos por los TBIs suscriptos. Así, entonces, la Argentina se convirtió en el país más demandado en el

37 Otros problemas asociados a los TBIs surgen de la circunstancia de que los Estados no pueden demandar a las empresas ante el CIADI por los incumplimientos en que estas incurran y del negocio que el arbitraje promueve, en los que los árbitros ganan importantes sumas de dinero por cada caso en el que intervienen, al igual que los estudios jurídicos que representan a los Estados.

38 Como ejemplo, pueden citarse los casos Metalclad Corp. vs. UMS (CIADI, 2000-NAFTA, cap. XI), en el cual se interpretaron las garantías contra la expropiación en sentido amplio, imponiendo al país anfitrión, México, que adopte ciertas medidas regulatorias aun cuando afectaran el medio ambiente o la salud, y CMS gas Transmission Co vs. República Argentina (CIADI, 2005) en el que se interpretó el Trato Justo y Equitativo en sentido amplio y en favor de los inversores, ya que le impuso a la Argentina la obligación de actuar en modo transparente y coherente con las expectativas legítimas de los inversores.

39 Por Ley 25.561 sancionada el 6 de enero del 2002 se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria en la República Argentina.

mundo ante el CIADI con 49 casos[40], de los que un 20% corresponden al sector de servicio de agua potable y saneamiento[41].

A modo de ejemplo, pueden mencionarse los litigios con Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. vs. República Argentina (n.º ARB/03/17) y Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. República Argentina (n.º ARB/97/3)[42].

A continuación, veremos un caso en particular que involucró a la empresa privada con capitales extranjeros prestadora del servicio de agua potable y saneamiento (OSM SA) en la Provincia de Mendoza.

5. El caso Saur International vs. República Argentina (n.º ARB/04/4)

Con la finalidad de ilustrar lo que venimos comentando, se hará una acotada referencia del último caso, en materia de agua potable y saneamiento, que involucró a la provincia de Mendoza en el CIADI, con el fin de poder, luego, reflexionar acerca de la consideración que sobre el derecho humano al agua y al saneamiento tuvo dicho tribunal al laudar.

5.1. Plataforma fáctica del caso.

Para el 2010, el servicio de agua potable y saneamiento en Mendoza, prestado por el sector privado, se enfrentó, por un lado, con el desafío de ordenar el crecimiento poblacional afectado por la emigración rural a las ciudades que carecía de servicios, lo que implicaba la necesidad de satisfacer los nuevos requerimientos domiciliarios más los nuevos emprendimientos agroindustriales y turísticos; y, por el otro, la falta de autorización del Estado provincial para el reajuste de tarifas, que impidió las adecuadas inversiones en infraestructura, y que derivó en el incumplimiento de los términos del contrato de concesión otorgada a OSM SA.

Además de ello, cabe mencionar que la concesión era a título oneroso, correspondiendo el pago de un canon. El monto anual del mismo surgirá de la aplicación del porcentaje establecido para el canon a los ingresos operativos del concesionario en el ejercicio anual considerado.

---

40 El monto que dichas demandas representa asciende aproximadamente a los USD 16 000 millones.

41 En concreto, la República Argentina ha sido demandado en varias oportunidades por causas relativas al servicio de agua potable y saneamiento que prestaban empresas extranjeras en diferentes provincias: 1) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. República Argentina, n.º ARB/97/3 (CIADI). 2) Azurix Corp. vs. República Argentina, n.º ARB/01/12 (CIADI). 3) Azurix Corp. vs. República Argentina, n.º ARB/03/30 (CIADI). 4) Saur International vs. República Argentina, n.º ARB/04/4 (CIADI). 5) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/17 (CIADI). 6) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI) consolidated with AWG Group plc vs. Argentina (UNCITRAL). 7) Impregilo S.p.A. vs. República Argentina, n.º ARB/07/17 (CIADI). 8) Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. República Argentina, n.º ARB/07/26 (CIADI).

42 Sobre este último proceso, puede verse el comentario hecho en Pinto y Andino (2002, p. 491).

Durante los primeros cinco años de la concesión, el canon sería de 3,85% de los ingresos operativos anuales; durante el resto del tiempo que durara la concesión, el canon sería de 9,98% de los ingresos operativos anuales. Dicho monto sería considerado a todos los efectos como un componente de los gastos operativos del concesionario. Sin embargo, el operador, entre otras cosas, nunca pagó dicho canon, el mismo que debió ser renegociado en cartas de entendimiento.

En la primera Carta de Entendimiento, rubricada entre el Poder Ejecutivo Provincial y la Empresa OSM SA, que fuera ratificada por Dec. n.º 3.016/2005 y aprobada por Ley n.º 7491 se calcularon y asumieron los cánones adeudados. En la Segunda Carta de mayo del 2007, OSM SA reconoció adeudar a la Provincia de Mendoza la suma de AR$ 8 898 455,50 en concepto de Canon de Concesión devengado durante el periodo comprendido entre el 12/06/98 y el 31/12/04, siendo cancelados por medio de una dudosa compensación de créditos del operador.

Todas estas circunstancias fueron generando desgastes y tensiones entre la concesionaria y el Poder Ejecutivo, que luego de un exhaustivo análisis de la situación, que involucró la participación del sector académico y científico, las organizaciones de la sociedad civil y de los partidos políticos, tomó la decisión de estatizar nuevamente el servicio.

Así, entonces, y en primer término, se dispuso por Decreto n.º 1690/2009 del Poder Ejecutivo la intervención de la empresa OSM SA y luego la rescisión del contrato de concesión, la reestatización de la prestación del servicio, mediante la sanción de la Ley n.º 8213[43], que ratificó los Decretos n.º 1737 y 1767 del Poder Ejecutivo y la creación de la Empresa Aguas y Saneamiento Mendoza (AySAM), Sociedad Anónima con participación estatal o pública mayoritaria.

A raíz de ello, la concesionaria, cuyo principal paquete accionario correspondía a la empresa francesa Saur International, llevó a la Argentina ante el CIADI[44].

5.2. Argumentos de las partes ante el CIADI.

Saur International, operador del servicio, ya había iniciado un juicio contra la Argentina en el 2004 tras la devaluación del peso argentino, que tuviera lugar en el año 2001, pero se reactivó en el 2010 por la intervención de OSM SA y la posterior estatización, lo que llevó a rescindir el contrato a Saur.

La empresa demanda por USD 143,9 millones, que representa los daños a título de pérdida del valor de la inversión y lucro cesante, cánones del operador técnico, por haber incurrido la concedente, Provincia de Mendoza, en una violación del TBI que vincula a la República Argentina con Francia[45].

En resumen, alegó la demandante que la Argentina había incurrido en lo siguiente:

---

43 Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza de fecha 24 de setiembre del 2010.

44 Ello en razón del Tratado suscripto entre la República Argentina y la República de Francia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado el 3 de julio de 1991 y que entró en vigor el 3 de marzo de 1993.

45 Aprobado por Ley n.º 24.100 sancionada en fecha 10 de junio de 1992.

(a) Expropiación indirecta de su inversión [artículo 5(2)], fundado en que la concedente rechazó siempre efectuar una revisión de tarifas; no actualizó el catastro cliente; incumplió el pago de subsidios; adoptó medidas de emergencia; y llevó a cabo extensos proceso de renegociación; y, finalmente, intervino la empresa.
(b) Incumplimiento de la Obligación de otorgar un trato justo y equitativo (artículo 3), por las medidas adoptadas por las autoridades provinciales a partir del fin del 2000; entre otras, las de emergencia económica; la renegociación del Contrato de Concesión; y los infundados pretextos para la intervención.
(c) Incumplimiento de la Obligación de protección y seguridad plena [artículo 5(1)], por no garantizar el cuadro legal en vigor al momento de la inversión y las medidas relacionadas con la intervención.

Por su parte, la República Argentina —por la Provincia de Mendoza— esgrime en su defensa que por la Primera Carta de Entendimiento, suscripta en fecha 5 de octubre del 2005, OSM SA y la Provincia de Mendoza compensaron deudas y créditos recíprocos hasta el 31 de diciembre del 2004 por subsidios a usuarios de escasos recursos; impuestos provinciales; canon de Concesión; y multas. Luego de ello, en mayo del 2007, se suscribe una Segunda Carta de Entendimiento por la que se renegoció el Contrato de Concesión y se reconoció un déficit de inversiones en obras de AR$ 48 millones.

Se afirma, además, que se dispuso —por Decreto n.º 1541/10 PE (12 de julio del 2010)— la rescisión unilateral del contrato de concesión por culpa del concesionario fundado en incumplimiento grave de las disposiciones legales, contractuales y reglamentarias aplicables al servicio (art. 13.3.1 CC); atrasos reiterados en el cumplimiento de las inversiones anuales o las metas convenidas (13.3.2 CC); reiterada violación del reglamento del usuario (art. 13.3.6 CC); reticencia u ocultamiento reiterado de información al Ente Regulador (art. 13.3.7 CC); falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento de contrato (art. 13.3.9); cambios no autorizados en la composición societaria del operador del concesionario (art. 2.11) y deuda por tributos hídricos que ascendía a AR$ 25 millones.

Asimismo, alegó la Argentina que OSM SA y Saur, en su carácter de operador técnico, incurrieron en innumerables incumplimientos a lo largo de la concesión, inclusive a las obligaciones acordadas en el proceso de renegociación llevado a cabo en la Provincia de Mendoza que disminuyeron sensiblemente sus obligaciones de inversión, lo que obligó al Estado Provincial a intervenir administrativamente frente a las irregularidades en la prestación del servicio de agua potable y saneamiento.

Por otra parte, se esgrimió que la actuación de las autoridades argentinas con respecto a la demandante fue acorde con las obligaciones de garantizar el derecho humano al agua y no podía ser interpretada como contraria a los derechos garantizados a los inversores, y que las obligaciones que emanan del Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones (APRI) deben interpretarse en armonía

con las normas de protección de los derechos humanos, y en especial el derecho humano al agua.

En particular, la defensa argentina afirmó que «los derechos humanos en general, y el derecho al agua en particular, constituyen una de las varias fuentes que el Tribunal deberá tomar en consideración para dirimir la disputa, pues esos derechos están integrados en el sistema jurídico argentino con rango constitucional» (Saur International vs. República Argentina, Memorial de Contestación de la República Argentina, 19 de octubre del 2010).

Frente a tales alegatos, Saur International retrucó sosteniendo que la invocación por la demandada de los derechos humanos en general, y del derecho al agua en particular, no es otra cosa que un vano intento *ex post* para justificar las medidas adoptadas por las autoridades provinciales de Mendoza en el 2009 y el 2010.

5.3. Considerandos y decisión del tribunal arbitral.

En junio del 2012, el tribunal arbitral CIADI resolvió acogiendo el reclamo formulado por el grupo francés Saur International con fundamento en que la Provincia de Mendoza no pagó una «indemnización adecuada» tras haber reestatizado la empresa.

En concreto, el laudo desestima las excepciones planteadas por la República Argentina con respecto a la jurisdicción del Centro, la competencia del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos; declara que la República Argentina ha adoptado una serie de medidas expropiatorias y de nacionalización, con el resultado de que Saur International ha sido desposeído de su inversión en OSM, en contravención al art. 5.2 del TBI.

Declara que la República Argentina no ha otorgado a la inversión de Saur un tratamiento justo y equitativo, en contravención del art. 3 del TBI.

En particular sostuvo que «Si los poderes públicos deciden expropiar la inversión, dar al inversor un trato injusto o inequitativo o negarle la protección o plena seguridad comprometidas, todo ello en violación del APRI, el inversor tendrá derecho a ser indemnizado en los términos que el Tratado le reconoce»[46].

«La República Argentina es responsable, de acuerdo con los principios del derecho internacional, por los actos realizados por la Provincia, ha adoptado varias medidas concatenadas (la intervención de la Concesión, la rescisión del Contrato, la readjudicación de la Concesión a AySAM, la liquidación de OSM), con el resultado de que Saur, un inversor protegido que era titular de una inversión protegida (la participación indirecta en el Contrato de Concesión), ha sido desposeído de dicha inversión»[47].

---

46 En otro laudo, el CIADI consideró que «el incumplimiento por la República Argentina de su obligación de preservar el equilibrio financiero de la concesión puede ser considerado como una violación del principio de TJE» (Caso Impregilo S.p.A. vs. República Argentina, laudo del 21 de junio del 2011).

47 El CIADI, en el laudo recaído en el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. vs. República Argentina (n.º ARB/03/17) sostuvo que

Respecto de lo argumentado por la Argentina sobre el derecho humano al agua, el laudo contuvo una mínima y liviana referencia:

> El derecho fundamental al agua y el derecho del inversor a la protección ofrecida por el APRI, operan sobre planos diferentes: la empresa concesionaria de un servicio público de primera necesidad se halla en una situación de dependencia frente a la administración pública, que dispone de poderes especiales para garantizar el disfrute por la soberanía del derecho fundamental al agua; pero el ejercicio de esos poderes no es omnímodo, sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgados al inversor extranjero en virtud del APRI. (p. 92, Decisión CIADI)

En consecuencia de sus consideraciones, el Tribunal lauda condenando a la República Argentina a una compensación, que finalmente determina en fecha 22/05/14, y que ascendió a USD 40 676 611 en concepto de capital y € 1 486 975,13 en costas.

6. Perspectivas

Desde la década del 1960 del siglo pasado hasta el presente, se han suscrito más de 3300 TBIs que han generado más de 400 demandas ante tribunales arbitrales en las que las empresas inversoras han reclamado a los Estados millonarias sumas de dinero por diversos conceptos, esgrimiendo violación de las cláusulas de protección. Los laudos arbitrales publicados en el 2015 tuvieron diversos resultados; los Estados tendieron a imponerse en la fase jurisdiccional de los procedimientos, mientras que los inversores ganaron un mayor número de los casos que llegaron al examen del fondo de la cuestión. (UNCTAD, 2016, p. 8)

Frente a esta realidad, y a la mínima consideración de los tribunales arbitrales a los derechos humanos como ya quedó demostrado en el caso que analizamos, lo que refleja la fragmentación del derecho internacional, se plantea la necesidad de encontrar alternativas que faciliten la coexistencia de los derechos de los inversores y los derechos humanos, en particular al agua y saneamiento.

El retraimiento surge como la primera reacción ante las circunstancias descritas y ha sido la opción elegida por algunos países latinoamericanos como Bolivia, que se retiró en el 2007 del Convenio CIADI; Ecuador, que entre 2008 y 2009 dejó sin efecto más de 20 TBIs; y Venezuela, que denunció su TBI con Holanda en el 2008.

No compartimos estas reacciones extremas que, por lo general, ocasionan un descredito ante la sociedad internacional que termina afectando aún más a los países subdesarrollados, los que lamentablemente siempre terminan necesitando financiamiento internacional para paliar sus crisis económicas.

«la persistente e inflexible negativa de la Provincia a revisar la tarifa conforme al Contrato de Concesión y el marco regulatorio, especialmente después de la terminación de la crisis y el restablecimiento del crecimiento económico, supone la violación de los compromisos asumidos conforme a los dos TBIs, de tratar en forma justa y equitativa las inversiones de las Demandantes».

Una alternativa posible, aunque difícil de concretar, consiste en la renegociación de las cláusulas de los TBIs en ejecución.

Este mecanismo permitiría que sean reformulados los términos del TBI a los fines de que se incluyan disposiciones que protejan también los intereses de los Estados receptores de las inversiones y, en particular, se clarifique el contenido de ciertas cláusulas. Por ejemplo, se excluya de lo que se entiende por expropiación a las normas reguladoras que tengan por finalidad proteger objetivos legítimos de interés público, tales como seguridad, la salud pública y el medio ambiente, y en especial se incluya expresamente que se concederá a los inversores un tratamiento que será adecuado conforme las normas comúnmente aceptadas por el derecho internacional[48].

Esta alternativa de revisión de los TBIs es la que se impone como la más coherente, pero requerirá que, en primer término, las partes alcancen el consenso sobre la necesidad de la reforma, los aspectos y los enfoques de la misma, lo que una vez más pondrá a la luz los problemas de capacidad de los que adolecen los países en desarrollo[49]. En una segunda fase, los países deberán centrarse en la totalidad de tratados que los vinculen para alcanzar una coherencia sistémica, lo que exigirá aún mayor coordinación y predisposición de las partes.

En los hechos se empieza a vislumbrar una tendencia a la reformulación de las cláusulas de algunos TBIs suscriptos recientemente, como por ejemplo los concluidos por Canadá y los Estados Unidos, en los que como novedad se ha introducido, en lo que hace a la solución de controversias entre inversores y Estados, la posibilidad de que representantes de la sociedad civil presenten ante los tribunales arbitrales informes *amicus curiae,* en los cuales podrán participar ONG que representan intereses ambientales.

Por último y sin perjuicio de la alternativa que se escoja en el ámbito de la política internacional, se estima como fundamental el accionar interno del Estado, que debe garantizar y respetar siempre la seguridad jurídica en sus relaciones contractuales tanto con inversionistas extranjeros como con los locales, alcanzar niveles de transparencia e información a disposición de los inversores, la eficiencia y eficacia en sus procedimientos administrativos y la estabilidad en sus regímenes legales.

Del relato de los vaivenes entre lo público y privado en la gestión del servicio de agua potable y saneamiento que hicimos en los apartados anteriores quedó reflejado que en muchas ocasiones ha sido el propio Estado el que propició y facilitó con sus decisiones que los inversores incumplieran los términos de los contratos de concesión y después recurrieran a tribunales arbitrales para exigir ser indemnizados, donde, además, las defensas que el Estado argentino esgrimió no tuvieron la solidez necesaria para ser atendidas.

---

48 Este tipo de cláusulas pueden encontrarse en TBIs como el suscripto entre China y Nueva Zelanda - FTA art. 149.

49 Sobre los problemas de capacidad que caracteriza a los países en desarrollo, véase UNCTAD (2008, p. 35).

Se entiende que ninguna de las alternativas posibles es sencilla y sin consecuencias, por lo que cada país deberá evaluar cuál de ellas será la más eficaz y posible en el marco de sus capacidades.

7. Conclusiones

Para alcanzar la deseable cobertura universal de agua, cloaca y tratamiento de aguas residuales, resulta necesario ejecutar un proceso de inversión de gran dimensión durante un periodo prolongado que requiere una importante masa de recursos financieros.

Por ser frágiles las economías de los países en desarrollo, las inversiones extranjeras serán siempre una alternativa para el crecimiento de la cobertura del servicio de agua potable. No obstante, será difícil, si no imposible, lograr un equilibrio adecuado entre los intereses privados y públicos e imponer el respeto de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno o los que surgen de los tratados internacionales que han suscripto los Estados y que, como ocurre en la Argentina, tienen rango constitucional.

Las perspectivas a futuro no parecen ser mejores que los antecedentes que aquí hemos descrito.

En particular, creo que Argentina ha perdido más de lo que ha ganado en esta materia, los TBIs fueron siempre utilizados por los inversores como elemento de presión frente a los intentos del Estado de exigir la adecuada prestación del servicio público de agua potable y saneamiento o las inversiones comprometidas, y en efecto la mayoría de las concesionarias extranjeras terminaron llevando sus demandas ante el CIADI, que ha condenado siempre al país a pagar sumas millonarias.

Lo que ocurrió en Argentina puede resumirse en pocas palabras: las empresas extranjeras a quienes se les concesionó la prestación de un servicio básico no cumplieron los contratos de concesión, al no invertir en expandir la redes de cobertura afectaron el derecho humano al acceso al agua potable y al saneamiento, en general prestaron en forma deficiente el servicio, no pagaron los cánones por el uso del agua, además de que terminaron siendo indemnizadas por el Estado argentino, el cual a su vez solo registró sustanciales pérdidas.

Las alternativas para revertir este historial, como vimos, no son sencillas y mientras el Estado argentino no dé señales de transparencia, seriedad, madurez, solvencia y sobre todo brinde seguridad jurídica tanto a los inversores extranjeros como a los locales, hacer efectivos los derechos humanos seguirá siendo un anhelo.

REFERENCIAS

Azurix Corp. vs. República Argentina, n.º ARB/01/12 (CIADI).

Azurix Corp. vs. República Argentina, n.º ARB/03/30 (CIADI).

Bohoslavsky, J. (2010). *Tratado de protección de inversiones e implicancias para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago de Chile: CEPAL.

Bohoslavsky, J y Justo, J. (2011). *Protección del derecho al agua y arbitrajes de inversión* Santiago de Chile: CEPAL.

Bohoslavsky, J y Justo, J. (marzo, 2015). Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio. *Revista del Tribunal Permanente de Revisión*, *3*(5), 65-94.

Bottini, G. (2005). El cumplimiento de los laudos del CIADI y el derecho internacional. Sup. Act 01/11/2005, 1 - Sup. Act. 03/11/2005, 2.

CMS Gas Transmission CO vs. República Argentina, n.º ARB/01/8 (CIADI).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, *29º período de sesiones*. (HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. República Argentina, n.º ARB/97/3 (CIADI).

Impregilo S.p.A. vs. República Argentina, n.º ARB/07/17 (CIADI).

Justo, J. (2013*). El derecho humano al agua y saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*. Santiago de Chile: CEPAL.

Metalclad Corp. vs. UMS., n.º ARB(AF)/97/01 (CIADI).

Martin, L. y Justo, J. (2015). Estado actual de la cuestión y debates pendientes sobre el derecho humano al agua en Latinoamérica y la Resolución A/RES/64/292 de 2010 de la Asamblea General de la ONU. En P. Urteaga y A. Verona (Eds.), *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú* (pp. 27-44). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

Pinto, M. (2015). Medios de protección y jurisprudencia sobre el contenido del derecho humano al agua y saneamiento. En P. Urteaga y A. Verona (Eds.), *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú* (pp. 45-62). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pinto, M., Martín, L., y Torchia, N. (2011). *El Derecho Humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pinto, M., Rogero, G., y Andino, M. (2005). *Ley General de Aguas. Comentada y concordada*. Mendoza: Irrigación Edita.

Pinto, M. y Andino, M. (2002). La seguridad jurídica en el Estado privatizador. A propósito del Laudo Arbitral en el caso Compañía de Aguas de Aconquija SA y Compagnie Générale des Eaux vs. República Argentina. *La Ley Gran Cuyo*, p. 491.

Salinas Acelga, S. y Tirado Robles, C. (1999). *Adaptabilidad y fragmentación del derecho internacional. La crisis de la "sectorialización"*. Zaragoza: Real Instituto de Estudios Europeos.

Saur International S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/04/4 (CIADI, Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad del Tribunal Arbitral).

Saur International S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/04/4 (CIADI, Laudo Quantum. Procuración del Tesoro de la Nación, 19 de octubre del 2010). Memorial de Contestación de la República Argentina.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/17 (CIADI).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A vs. Argentine Republic consolidated with AWG Group plc vs. Argentina (UNCITRAL), n.º ARB/03/19 (CIADI).

UNCTAD. (2008). *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a seguir*. Ginebra: UN.

UNCTAD. (2016). *Informe sobre las Inversiones Extranjeras en el Mundo 2016. Nacionalidad de las Inversiones*. Ginebra: UN.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia ur Partzuergoa vs. República Argentina, n.º ARB/07/26 (CIADI).

LOS CONFLICTOS POR EL AGUA EN EL CIADI

Juan Bautista Justo
Universidad Nacional del Comahue | Argentina

> Todo privilegio en materia de jurisdicción es abolido. Todos los ciudadanos sin excepción litigarán de la misma manera, ante los mismos jueces, en los mismos casos. (Ley 16, 24 de agosto de 1790. Francia)

La jurisprudencia del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en casos relacionados con el agua (como servicio o como recurso) pone en evidencia las tensiones inherentes a la utilización del modelo de arbitraje privado para la resolución de cuestiones de interés público. En el presente capítulo se analizan algunas muestras del fenómeno y se proponen dos vías para mitigar el riesgo de inconsistencias. La primera de ellas se relaciona con la jerarquización de la labor de las autoridades nacionales desde la perspectiva del deber de protección del derecho humano al agua y el saneamiento. La segunda apunta a sostener la primacía de dicho derecho por sobre los mandatos de los tratados bilaterales de protección de inversiones.

1. Introducción

Aun en aquellos países que reconocen con amplitud la posibilidad de otorgar propiedad privada sobre las aguas, hay consenso en que la gestión de los recursos hídricos involucra un indudable interés público. Ello impide dejar esta temática librada a las fuerzas del mercado y demanda una fuerte intervención estatal, orientada a asegurar valores como la universalidad en el acceso o la sustentabilidad del aprovechamiento.

También se ha hablado muchas veces sobre la falta de eficacia de la legislación de aguas como un problema estructural de la gobernabilidad de los recursos hídricos en América Latina, fenómeno que responde en gran medida a la incapacidad estatal para asegurar la efectiva vigencia de esos marcos legales, en especial por razones de debilidad institucional (Martin y Justo, 2015, p. 29; Embid y Martin, 2015, p. 13).

En ese contexto, los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBIs) son un factor sumamente gravitante para pensar el futuro de la gestión de los

recursos hídricos, pues —como se verá— estos instrumentos internacionales han generado hasta ahora una tendencia hacia la debilitación de las capacidades estatales que, precisamente, la región necesita reforzar en este campo.

Este es, quizás, el sesgo más problemático de los TBIs y ello, lejos de ser casual, es el resultado de la estrategia que late en la creación de estos acuerdos. Esa estrategia consiste, en esencia, en extrapolar las reglas del arbitraje privado (donde los derechos son disponibles por las partes del conflicto) a la resolución de temáticas de interés público (donde los intereses no son libremente disponibles por el Gobierno). La sumatoria de tensiones en la relación entre TBIs y agua que se analizarán confirman este problema de base.

Se estima que en la actualidad existen cerca de 2800 TBIs en el mundo. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), un organismo dependiente del Banco Mundial, es una de las entidades que administra su aplicación mediante la conformación de paneles arbitrales que se encargan de resolver las controversias entre los inversores y los países que los alojan. Con la excepción de Brasil, que nunca ingresó al organismo y que no cuenta con TBIs vigentes, los países sudamericanos se sumaron al CIADI durante la década de 1990, aceptando cláusulas de prórroga de la jurisdicción nacional en favor de árbitros extranjeros y abandonando una tradición centenaria en favor de la «Cláusula Calvo», que sujetaba los conflictos con inversores foráneos a los tribunales locales (Stanley, 2004, p. 9).

El diseño de la red de TBIs responde a una visión que concibe a las inversiones como el motor esencial del desarrollo económico. Su meta es, por lo tanto, fomentar el flujo mundial de activos y el modo de hacerlo es, básicamente, limitar el riesgo de los inversores provenientes de países exportadores de capitales para reducir, con ello, el costo de obtención de los fondos que los países importadores de capitales necesitan para desarrollar sus economías. La forma de reducir el riesgo que este modelo propone consiste en ceder potestades regulatorias y judiciales soberanas a cambio de mayor credibilidad en los mercados, fijando estándares mínimos de conducta y mecanismos de arbitraje en caso de disputa.

Sobre esa premisa, la estructura de protección de los inversores, integrada por la Convención CIADI de 1965 y la red de TBIs que en forma vertiginosa fueron firmando los países, se asienta en dos bases: procesales y sustanciales.

Desde una perspectiva procesal, esto es, desde los mecanismos que se aplican para resolver una disputa entre un inversor y el Estado que lo aloja, el sistema presenta los siguientes lineamientos:

(a) El TBI se aplica a todas las inversiones extranjeras salvo las que estén expresamente excluidas, sin importar el rol estratégico o la relevancia nacional que pueda tener la actividad en la que ellas se insertan.
(b) Cuando los inversores (o un socio minoritario de ellos) se sienten afectados por alguna decisión del Estado que involucra cualquier aspecto de su inversión, pueden demandarlo directamente (sin necesidad de recorrer antes

ningún camino interno)[1] por fuera de sus jueces y ante foros arbitrales en los cuales el poder político y de voto está concentrado en los principales países exportadores de capitales (v. g. el Banco Mundial).

(c) A través de las «cláusulas paraguas», las infracciones a compromisos contractuales por parte del Estado pueden ser elevadas a violaciones de sus obligaciones internacionales, con lo cual cualquier aspecto de un vínculo con el prestador de un servicio público puede terminar siendo dirimido en la jurisdicción del CIADI[2].

(d) Los árbitros a los cuales llega la disputa pueden revisar la conducta de cualquier rama del Estado y desplazar del análisis al derecho nacional, aplicando los criterios del TBI.

(e) La decisión que adopten esos árbitros tiene un marco de revisión sumamente limitado a nivel internacional[3] y directamente nulo a nivel local[4]. Los jueces nacionales no pueden controlar el laudo y deben ponerlo en práctica como si fuera una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En ese sistema de resolución de controversias que —como se puede ver— se caracteriza por sustraer absolutamente el conflicto de la esfera del país receptor, se aplican una serie de principios sustanciales de protección a los inversores que se fijan en la red de TBIs. En general, se prohíben allí conductas que infrinjan estándares tales como el «tratamiento justo y equitativo», de «tratamiento nacional» y «nación más favorecida», o la «prohibición de expropiar» directa o indirectamente sin la correspondiente compensación.

---

1 A diferencia de lo que sucede con los pactos de derechos humanos, la jurisdicción internacional prevista en los TBIs es principal y no subsidiaria; es decir, que desplaza —y no complementa— la labor de los jueces locales.

2 El alcance concreto de esta cláusula es objeto de un debate no concluido. Tienden a expandir su alcance —y, por ende, a someter al CIADI discusiones contractuales— laudos como Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. la República Argentina (2002); SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas (2004); y Astaldi S.p.A. vs. República de Honduras (2010). Una perspectiva diferente, encaminada a limitar los reclamos susceptibles de llegar a los árbitros, ofrecen los casos Azinian, Davitian y Baca vs. los Estados Unidos Mexicanos (1999); y SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán (2003); El Paso Energy International Company vs. la República Argentina (2006); Gustav F W Hamester GmbH & Co KG vs. República de Ghana (2010).

3 El art. 52 del Convenio CIADI solo permite la anulación del laudo bajo las siguientes causales: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. Es decir, que no se prevén a los errores jurídicos de la decisión como justificativo para su revocación.

4 El art. 54 del Convenio CIADI establece que «Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran». Explorando la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad sobre los laudos, véase Bohoslavsky y Justo (2013).

El problema es que los TBIs establecen esos estándares con un alto grado de indeterminación, sin detallar con precisión los derechos y obligaciones de las partes. Ello hace que sean los árbitros quienes en definitiva fijen la extensión concreta de los parámetros de protección de los inversores, con prácticamente nulas posibilidades de revisión. La situación se agrava porque los árbitros se designan para cada caso y no hay un régimen de unificación de criterios, por ejemplo, mediante un sistema permanente de revisión.

Como veremos, esa ambigüedad de las fórmulas de los TBIs genera un importante grado de incertidumbre en la gestión del agua, en especial porque pone en vilo la capacidad regulatoria estatal para asegurar su protección.

2. El agua en el CIADI. Aspectos problemáticos

La jurisprudencia del CIADI en casos relacionados con el agua (como servicio o como recurso) pone en evidencia las tensiones inherentes a la extrapolación del modelo de arbitraje para cuestiones de interés público. Se analizarán, a continuación, algunas muestras del fenómeno.

2.1. El agua como inversión sujeta al CIADI. ¿Bien colectivo o mercancía?

La primera pregunta que suscita el tema es si resulta conveniente tratar al agua como una inversión sujeta al CIADI cuando, tradicionalmente, se la incluye dentro del dominio público y se reconoce crecientemente su *status* de bien colectivo (Justo, 2016) ¿Es aconsejable trasladar las reglas del arbitraje comercial a un bien de tanto valor estratégico para un país? En general, la jurisprudencia arbitral no ha hecho ningún distingo al respecto, y ha admitido que el agua (tanto como recurso o como servicio) sea tratada de la misma manera que cualquier otra inversión en otra industria o actividad. Más aun, en vez de fijar un criterio que tienda a excluir estos temas del CIADI —por entender que involucran aspectos de bien común que deberían ser resueltos democrática y soberanamente— la regla ha sido la contraria; se ha forzado en cierto modo la comprensión de los TBIs para que la solución quede en el CIADI.

Un ejemplo de esto es el caso Aguas del Tunari, S.A. vs. República de Bolivia[5], vinculado con la privatización del servicio de agua potable que derivó en la «Guerra del Agua» en Cochabamba. Claramente, hubo allí una lectura expansiva de la jurisdicción del CIADI sobre la controversia que denotó la voluntad de sustraer el tema de los tribunales domésticos. En efecto, pese que Aguas del Tunari era una empresa boliviana concesionaria de un servicio público esencial, controlada por una multinacional estadounidense, el tribunal validó una maniobra de transformación societaria posterior al surgimiento del conflicto, por la cual se incorporó al control de la prestadora a una firma holandesa, causando que el caso quedara bajo el régimen del TBI entre los Países Bajos y Bolivia[6].

5 Aguas del Tunari, S.A. vs. República de Bolivia (2005).

6 Aguas del Tunari, S.A. vs. República de Bolivia (2005, párr. 321).

De igual manera, en Bayview Irrigation District et al. vs. los Estados Unidos Mexicanos[7] tampoco se hizo ningún distingo sobre el valor esencial del agua como un límite para su sometimiento ante este foro internacional. En ese caso, un grupo de propietarios de establecimientos agrícolas ubicados en Texas (Estados Unidos de América) demandó a México, aduciendo que la decisión de ese país de desviar aguas interjurisdiccionales del río Bravo / río Grande que llegaban hasta los campos de los reclamantes constituía una violación de sus derechos de propiedad bajo el tratado de aguas de 1944 entre México y los Estados Unidos de América, por el cual México había renunciado a una cuota de agua de los ríos transfronterizos para su uso en Texas.

El tribunal arbitral consideró que los demandantes no eran inversores extranjeros en México (presupuesto esencial de aplicación del TBI) sino inversores nacionales en Texas, pues el hecho de depender económicamente del suministro de bienes —en este caso, agua— de otro Estado, no es suficiente para que se considere a una empresa como un inversionista en ese otro Estado. Sin embargo, con independencia de esas matizaciones, lo cierto es que en ningún momento se desestimó la posibilidad de dirimir los conflictos por agua por conducto del CIADI, pese a que tratar a este bien como una inversión cualquiera sin tomar en cuenta su rol social y geopolítico podría dar lugar a graves desequilibrios.

2.2. Servicios públicos esenciales y estado de necesidad. ¿Criterio restrictivo o abordaje holístico?

Una segunda muestra del problema se relaciona con la lectura aislada de los TBIs que muchos paneles realizan[8]. En ocasiones, tanto por la ausencia de previsiones expresas en los tratados como por cierto sesgo arbitral, los laudos analizan los conflictos computando los derechos del inversor, pero sin tomar en cuenta los deberes que el Estado tiene frente a su población, por ejemplo en materia ambiental, de salud pública, derechos humanos, agua, y otros más. Esta lectura, que se focaliza solo en el TBI y desestima otras fuentes de obligaciones internacionales del Estado, suele desembocar en interpretaciones expansivas de las salvaguardas de los TBIs, que comprometen la posibilidad de evolución institucional y desarrollo del país receptor.

Un ejemplo de esta tendencia puede observarse en el modo de entender la relación entre servicios públicos básicos, crisis económica y estado de necesidad como justificativo de las medidas estatales que afectan al inversor en los llamados «casos argentinos». Así se conoce a la sucesión de demandas contra la República Argentina en el CIADI de parte de titulares de empresas prestadoras de servicios públicos privatizadas como resultado de la variación de las condiciones contractuales de esas privatizaciones luego de la crisis de los años 2001-2002 en ese país. En el contexto de dicha crisis, y tras la devaluación de la moneda local en el año

7 Bayview Irrigation District et al. vs. los Estados Unidos Mexicanos (2007).

8 Una muestra reciente de ello es la *Procedural Order* n.º 6 del 21 de julio de 2016 en Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú (ARB/14/21).

2002, las empresas prestadoras pretendieron mantener el valor de sus tarifas en dólares, lo cual implicaba cuadruplicar su costo para el usuario. La negativa del Estado argentino ante esa exigencia hizo que varias empresas denunciaran que se había producido una expropiación indirecta de su inversión.

El Estado se defendió alegando que las medidas habían respondido a un estado de necesidad que las justificaba. Esta clásica defensa en el marco de la responsabilidad internacional del Estado fue analizada por los árbitros con notable estrictez, y dejó sin salida al país para enfrentar la crisis. De acuerdo a laudos como CMS[9], Suez[10], Enron[11], Sempra[12] o El Paso[13], Argentina no podía invocar un estado de necesidad, pues o bien había contribuido en alguna medida a la crisis o bien existían otras alternativas para superarla. Consecuentemente, para estos paneles, el Gobierno debió mantener las tarifas en dólares, e impedir el acceso al servicio a millones de personas. Esa indiferencia arbitral frente a las implicancias humanitarias de las controversias pone de manifiesto cómo una lectura expansiva de los TBIs puede incapacitar a los Estados para proteger a su población en circunstancias adversas.

2.3. Alcances de la expropiación indirecta. ¿Blindaje al inversor o mirada integral?

Los TBIs vedan la expropiación no compensada de la inversión. Sin embargo, el alcance concreto de esa salvaguarda, en especial respecto de la expropiación indirecta, está muy lejos de haber sido precisado.

El contenido del instituto expropiatorio en el plano internacional ha sido desarrollado principalmente a partir de la jurisprudencia de los diferentes tribunales arbitrales que, a lo largo del siglo XX, han dirimido controversias entre inversores extranjeros y países receptores[14]. A ello se sumarían luego esquemas más institucionalizados, como los del CIADI y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), seguidos de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. En general, los textos normativos involucrados no han brindado pautas precisas que permitan distinguir entre una regulación no compensable y una expropiación, lo cual refleja la reluctancia de los redactores de estos acuerdos internacionales a intentar fijar pautas rígidas en una temática que involucra escenarios fácticos altamente heterogéneos y mutables. La decisión ha sido dejar librada la cuestión a un examen caso por caso a cargo de los tribunales arbitrales.

Anclada en ese amplio margen para la construcción de los diferentes dispositivos, la jurisprudencia considera que nos hallamos ante una expropiación «direc-

9 CMS Gas Transmission Company vs. la República Argentina (2005, párrs. 329 y 331).
10 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina (2010, párrs. 257-264).
11 Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina (2007, párr. 339).
12 Sempra Energy International vs. la República Argentina (2007, párr. 373).
13 El Paso Energy International Company vs. la República Argentina (2011, párr. 656).
14 El ejemplo paradigmático de esa primera etapa ha sido el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos - Irán.

ta» cuando la inversión es nacionalizada o de otra manera sustraída del patrimonio de su titular mediante la transferencia formal del título o la incautación física de los activos, es decir, cuando se produce una «apropiación forzosa por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares, a través de actos administrativos o por la acción legislativa»[15]. Por el contrario, se la considera «indirecta» o «regulatoria» cuando no se altera el título legal de propiedad[16] pero se produce una interferencia estatal significativa en el uso de dicha propiedad o en el disfrute de sus beneficios (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2004, p. 3).

De tal modo, las salvaguardas contra la expropiación se activan tanto cuando se produce la toma del control de la inversión, y la consiguiente transferencia de su dominio en favor del Estado, como cuando ocurre una «interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor» (Metalclad Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos, 2000, párr. 103)[17].

Como resultado de lo anterior, la expropiación regulatoria presupone una medida estatal (general o individual) que, sin transmitir el activo al Estado, priva a su titular del uso o beneficio de su propiedad, limita o prohíbe su transferencia o disposición, o tiene el efecto de destruir el valor del bien[18]. A diferencia de la expropiación directa, esta modalidad no requiere el enriquecimiento estatal, sino la privación y empobrecimiento del inversor.

Ahora bien, el problema de base se relaciona con la laxitud de esos conceptos al momento de su aplicación a un caso concreto. Por ejemplo, la jurisprudencia no es pacífica en determinar cuándo ocurre una interferencia, si están amparadas las expectativas del inversor o solo las garantías expresas, o bien si deben tomarse en cuenta el contexto y propósito de la medida gubernamental, entre otros puntos polémicos.

Sin dudas, dirimir estos aspectos es de enorme gravitación. Las disputas asociadas a la expropiación directa, que tuvieron su auge en el período de nacionalizaciones, confiscaciones y revocaciones contractuales de explotación de recursos naturales que se dieron en las décadas de 1970 y 1980 —luego del proceso de descolonización— han sido reemplazadas a partir de la década de 1990 por

15 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina (2006, párr. 187).

16 «Una privación o toma de propiedad puede ocurrir bajo derecho internacional, a través de la interferencia por parte de un Estado, en el uso de dicha propiedad o el goce de sus beneficios, aún y cuando el título de propiedad no se vea afectado» (Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos - Irán. *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 1984).

17 Caso CIADI n.º ARB AF/97/1.

18 Pope & Talbot Inc. vs. el Gobierno de Canadá (2000, párrs. 96 y 104); S.D. Myers, Inc. vs. Gobierno de Canadá (2000, párrs. 285-286); Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos (2002, párr. 100); Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América (2002, párr. 98); Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América (2005, IV, ch. d, párr. 17).

planteos asociados a la expropiación indirecta. Consecuentemente, definir el alcance de ese instituto es un aspecto central en el campo de los TBIs, pues ello marcará la frontera entre el deber reparatorio hacia el inversor y la regulación que debe ser soportada sin indemnización. Lo que denota cierta jurisprudencia arbitral es una inclinación a expandir el alcance de la protección de esta cláusula a situaciones en las que el Estado simplemente pone en práctica sus prerrogativas como autoridad pública.

En materia de aguas, el ejemplo emblemático de esa visión expansiva es Biwater Gauff Ltd. vs. República Unida de Tanzania[19]. Ese caso refiere a la privatización del servicio de agua en la ciudad de Dar es Salaam. El tribunal tuvo por probado que la empresa había hecho una oferta oportunista, pasando una tarifa muy baja para ganar la concesión y luego renegociar. Cuando el inversor pidió la renegociación, el Estado rechazó la solicitud y encaminó el contrato hacia la rescisión por incumplimiento y falta de inversión. Pese a ello, se consideró que Tanzania había incurrido en una expropiación indirecta porque una serie de actitudes del Estado (declaraciones públicas de un ministro criticando a la empresa, control de las instalaciones y deportación de un gerente) habían «inflamado la situación y polarizado a la opinión pública» (Biwater Gauff Ltd. vs. República Unida de Tanzania, 2008, párr. 498)[20] e impidieron que se siguiera el curso normal de resolución del contrato. Dicho de otro modo, se le reprochó al Estado que no hubiera manipulado a la opinión pública para encubrir a la empresa de agua.

Como se mencionó antes, la primera condición para hablar de expropiación indirecta es que exista una interferencia en la utilización de la inversión. Con el fin de determinar la configuración de este presupuesto, en las decisiones internacionales se ha indagado en torno de la severidad del impacto económico de la medida, y se ha negado la compensación cuando aquella no suprime o afecta de modo relevante el valor económico del activo[21]. De ese modo, existe consenso en que la interferencia debe ser sustancial —tanto en el ejercicio del derecho

19 Biwater Gauff Ltd. vs. República Unida de Tanzania (2008).

20 Caso CIADI n.º ARB/05/22.

21 En el primer caso del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos, *Starrett Housing*, que involucraba la designación de gerentes iraníes para conducir un proyecto inmobiliario de empresas estadounidenses luego de la revolución de 1979, el tribunal sentó un estándar que luego sería seguido por la jurisprudencia internacional: las medidas adoptadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a un punto tal en que los tornen inoperantes, haciendo necesario considerar que han sido expropiados aun cuando el Estado no haya tenido la intención de expropiarlos y el título de propiedad permanezca formalmente en cabeza de su titular original. El tribunal consideró que el hecho de haber puesto el gerenciamiento del proyecto en manos de funcionarios gubernamentales había privado a Starrett del uso y administración de su propiedad. Sin embargo, se aclaró que la toma de control sobre una propiedad no implica automáticamente una expropiación; para que ello suceda el dueño debe ser privado de los aspectos fundamentales del derecho de propiedad de modo definitivo —*Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran* (1983)—. Véase también Pope & Talbot Inc. vs. el Gobierno de Canadá (2000, párr. 100); CMS Gas Transmission Company vs. la República Argentina (2005, párrs. 262-264); Siemens A.G. vs. la República Argentina (2007, párr. 271).

como en su duración[22]— para que la expropiación pueda configurarse[23]. Una regulación equivale a expropiación cuando impide sustancialmente el ejercicio de los derechos económicos del titular, esto es, el uso, disfrute o administración de su emprendimiento, privándolos de contenido efectivo[24]. La disminución de la rentabilidad no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aun cuando sus ganancias disminuyan[25].

Ahora bien, aun cuando nadie discute que este primer requisito (interferencia en los derechos del inversor) es fundamental para la configuración de una expropiación, existe un largo debate en torno de si él es suficiente por sí solo, o si deben ponderarse otros aspectos, como el propósito y contexto de la medida.

La doctrina del «solo efecto» (*sole effects*), conocida también como criterio ortodoxo (Newcombe, 2005), postula que lo decisivo es el impacto sobre el inversor y no el marco fáctico de la decisión estatal. Se configura expropiación si existe una privación total o sustancial del valor económico, uso o disfrute de una inversión, con total independencia de otros factores, como el propósito de la medida o el contexto en el cual ella se adopta.

Por ejemplo, en *Tippets* se explicitó que el factor central es la presencia de una interferencia del Estado en el uso de la inversión o en el disfrute de sus beneficios y que «la intención del gobierno es menos importante que los efectos de la medida sobre el propietario y la forma de las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto» (*Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 1984, pp. 219 y ss.; Phelps Dodge International Corp. et al. vs. la República Islámica de Irán, 1986, p. 130)[26]. En *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, el tribunal sostuvo que no necesitaba establecer las motivaciones del Esta-

22 En general, si la medida es de corte transitorio se tiende a su validación. Sin embargo, la afectación puede considerarse expropiatoria cuando, aun siendo parcial y temporal, implica «una privación prolongada de la capacidad de un propietario de hacer uso de sus derechos económicos» (S.D. Myers, Inc. vs. Gobierno de Canadá, 2000, párr. 83). En consecuencia, la expropiación debe, por vía de principio, ser permanente y no temporal, salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina, 2006, párr. 193).

23 Hay afectación sustancial cuando las medidas gubernamentales «neutralizan efectivamente los beneficios del inversor extranjero en su calidad de propietario». La propiedad o el goce se «neutralizan» cuando una parte deja de estar en control de su inversión, o cuando no puede dirigir las operaciones del día a día sobre la inversión. Ello puede manifestarse de forma gradual o creciente —*creeping expropriation*— o puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos —expropiación *de facto*— (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina, 2006, párr. 188).

24 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina, (2006, párr. 192).

25 Pope & Talbot Inc. vs. el Gobierno de Canadá (2000, párrs. 101-102).

26 *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, Iran-US CTR (1984, pp. 219 y ss.); y del mismo Tribunal, Phelps Dodge International Corp. et al. vs. la República Islámica de Irán (1986, p. 130).

do para resolver el caso[27], y en Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica se entendió que el análisis debe centrarse en el impacto de las medidas sobre el inversor y no tanto en la intención del gobierno o la modalidad adoptada para su implementación, considerando que la finalidad de protección ambiental perseguida por el Estado carecía de incidencia en el modo de resolver el caso[28]. En materia de servicios de agua y saneamiento, esa perspectiva fue receptada en Compañía de Aguas del Aconquija, laudo en el cual se sostuvo que «el factor decisivo lo constituyen los efectos de la medida en el inversor y no la intención del Estado» (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. la República Argentina, 2007, párr. 7.5.20)[29].

Una línea de análisis diferente a la propugnada desde la doctrina ortodoxa postula que para discernir si hay expropiación indirecta es fundamental determinar si la regulación persigue un fin de interés general y no resulta discriminatoria. Para esta perspectiva:

> No hay duda que la severidad de los cambios en el *status* legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista en este caso, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta. Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. La opinión de este Tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria. (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina, 2006, párr. 194)[30]

En definitiva, para establecer si las medidas estatales resultan en una expropiación, «el Tribunal debe equilibrar dos intereses contrapuestos: el grado de interferencia de la medida con los derechos de propiedad del inversor y el poder del Estado de dictar sus políticas» (LG&E, Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina, 2006, párr. 189)[31].

De manera que, a diferencia del criterio unipolar de la corriente del «solo efecto», para distinguir entre una expropiación y una regulación no compensable, debe ponderarse no solo el impacto sobre la inversión, sino también si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor, y si ella ha sido adoptada de un modo no discriminatorio, persiguiendo una finalidad legítima y a través de medios proporcionados[32]. Como se ha explicado,

27 *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, 95 ILR (1989), párrs. 184-185.

28 Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica (2000, párr. 72).

29 Caso CIADI n.º ARB/97/3.

30 Caso CIADI n.º ARB/02/1.

31 Caso CIADI n.º ARB/02/1.

32 Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos (2002, párr. 103); International Thunderbird Gaming Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos (2006, párr. 127); Saluka Investments B.V. vs. la República Checa (2006, párr. 262); Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América (2005, párr. 7).

«un Estado no es responsable de la pérdida de la propiedad o de otra desventaja económica que sea resultado de impuestos generales de buena fe o de cualquier otra acción que sea aceptada comúnmente como dentro del poder de policía del Estado, con tal que no sea discriminatoria y no sea diseñada para hacer que el extranjero abandone la propiedad al Estado o la venda a un precio miserable» (*Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America*, 1989, p. 378)[33].

En Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú, el Estado desplegó esta segunda línea argumental para defenderse de los reclamos efectuados por el inversor, confirmando así la actualidad del debate en este punto. El caso, actualmente en trámite, se relaciona con una disputa ante el CIADI iniciada por una empresa minera canadiense luego que el gobierno peruano dejara sin efecto una declaración de interés del proyecto minero Santa Ana —localizado en Puno— como resultado de la oposición de los pobladores locales[34]. La empresa aduce haber sufrido una expropiación de su inversión y reclama 550 millones de dólares en reparaciones. En gran medida, el resultado de la disputa dependerá de si el tribunal sigue la corriente ortodoxa para evaluar la configuración de una expropiación indirecta, o bien si incorpora al análisis los demás factores en juego.

2.4. La expansión del principio de trato justo y equitativo. ¿Arbitrariedad manifiesta o paternalismo estatal sobre el inversor?

La tendencia hacia una interpretación expansiva del principio de trato justo y equitativo (TJE) es otra faceta recurrente de las tensiones.

En términos históricos, el TJE fue originalmente concebido como una expresión del estándar consuetudinario de trato mínimo a los extranjeros, que cuenta con un fuerte arraigo en el derecho internacional y que demanda de los Estados conceder a los nacionales de otros países garantías mínimas contra la arbitrariedad y la discriminación. Ese estándar consuetudinario expresa un umbral elevado para considerar a la conducta gubernamental como ilícita, por lo que su violación solo comprende las conductas más graves y ultrajantes; de ahí su condición de mínimo.

Lo cierto es que la aplicación del TJE ha ido alejándose paulatinamente de esos mínimos internacionales para incluir aspectos de gobernanza, como la transparencia, la previsibilidad o la coherencia, lo cual abre una caja de pandora para los Estados, en especial los latinoamericanos. Esa ampliación del concepto ha llevado a que un cúmulo de conductas gubernamentales que no se consideraban equiparables a violación del estándar mínimo consuetudinario sean concebidas ahora como violatorias de este principio de los TBIs, de tal modo que se han ampliado las salvaguardas a favor de los inversores pero reduciendo también el margen de maniobra de los Estados. Por eso, el TJE es ahora la estrella

33 Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos - Irán. *Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America* (1989, p. 378).

34 Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú (6 de octubre de 2015, párr. 227). Contestación de demanda del Perú.

de los reclamos y la forma preferida por los paneles arbitrales para justificar las condenas al Estado.

La razón de esa ampliación reside en la interpretación arbitral. Si bien algunos paneles han mantenido una definición consistente con el origen histórico de la figura, requiriendo consecuentemente un nivel alto de gravedad del comportamiento gubernamental para que se configure una violación al TJE, muchos otros comenzaron a interpretarlo como un principio diferente de ese estándar consuetudinario, considerándolo como autónomo y dotado de contenido propio. De esa manera, en lugar de derivar el contenido de la norma de su fuente original (el derecho internacional consuetudinario), estos tribunales optaron por centrarse en el significado literal de las diferentes disposiciones de los TBIs que consagran esta garantía (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2012). Al hacerlo, empezaron a encontrar en el TJE mucho más que las garantías internacionales tradicionales, y pasaron a un bajo umbral de ilicitud en el comportamiento[35].

Como producto de ese viraje, el TJE se erigió como una de las normas de mayor alcance de protección de la inversión, y su utilización aumentó de manera exponencial. La flexibilidad y vaguedad de su contenido normativo, que es continuamente redefinido de acuerdo a las circunstancias de cada caso y del tratado pertinente, hicieron del TJE un estándar que todo lo abarca y que se encuentra en permanente expansión.

En el caso Metalclad del año 2000 se produjo la primera muestra del abandono del estándar mínimo internacional y su reemplazo por criterios de buena gobernanza, al considerarse configurada una violación al TJE con base en la ausencia de transparencia por parte del Estado. El tribunal interpretó que ese principio imponía en cabeza de las autoridades el deber de corregir cualquier malentendido o confusión frente al inversor, con el fin de asegurar la estabilidad del contexto de la inversión, e implicaba también que no debía «haber lugar a duda o incertidumbre» frente a «todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar» (Metalclad Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos, 2000, párr. 76)[36]. Con esa base, y alejándose claramente del mínimo estándar internacional, se entendió violado el TJE por cuanto el Estado «no cumplió con asegurar un marco transpa-

35 Saluka Investments B.V. vs. la República Checa (2006, párr. 293); *Merrill & Ring Forestry L. P. v. The Government of Canada* (2010, párr. 210). El estándar consuetudinario fue precisado en el caso *Neer*: *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States.* Mexico-United States General Claims Commission (1926), en el cual se requirió que la conducta sea «atroz» o «indignante». Aun cuando desde la época del caso *Neer*, lo que se concibe como una conducta atroz puede haber variado, lo cierto es que la vinculación al mínimo internacional implica dejar en claro que solo los actos muy graves pueden ser vistos como una violación de los TBIs, es decir, que se aplica con criterio restrictivo. Véase Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos (2004, párr. 98); Glamis Gold, Ltd. vs. los Estados Unidos de América (2009, párr. 600); Gami Investments, Inc. vs. el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (2004, párr. 97); International Thunderbird Gaming Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos (2006, párr. 194).

36 Caso CIADI n.º ARB AF/97/1.

rente y previsible para la planeación del negocio e inversión» (Metalclad Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos, 2000, párr. 99)[37].

Esta reformulación del concepto fue objeto de diferentes críticas, e incluso condujo a la emisión de una nota interpretativa del NAFTA orientada explícitamente a atar el contenido del TJE al mínimo internacional[38]. A medida que los argumentos encaminados a desligar al TJE del estándar mínimo internacional se iban haciendo menos sustentables en función de las críticas y las claras señales de los Estados de que las interpretaciones jurisdiccionales no eran un reflejo de las intenciones de la comunidad internacional, la doctrina doméstica de las expectativas legítimas se abrió camino en el arbitraje de inversión para expandir nuevamente los límites de este principio.

En efecto, el segundo viraje que llevó a un *boom* en la utilización del TJE consistió en poner como centro del principio a las expectativas del inversor. Por ejemplo, en Tecmed[39] se interpretó que el TJE:

> […] exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que *no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión* [énfasis añadido]. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, *de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes* [énfasis añadido]. (Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. los Estados Unidos Mexicanos, 2003, párr. 154)[40]

37 Caso CIADI n.º ARB AF/97/1.

38 Luego del laudo Metalclad, la Comisión de Libre Comercio del NAFTA emitió la siguiente nota interpretativa al artículo 1105(1) del tratado: «1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte. 2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste» (Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001).

39 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. los Estados Unidos Mexicanos (2003, párr. 154); MTD Equity Sd. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. República de Chile (2004, párrs. 114 y 115). El Comité de Anulación en este último caso observó que la ponderación de las expectativas del inversor como fuente de obligaciones para el Estado resulta cuestionable, pues esas obligaciones derivan del TBI aplicable y no de cualquier aspiración que el inversor pueda aducir —Caso CIADI n.º ARB/01/7 (2007), Decisión sobre Anulación, párr. 67—. Dando cuenta de los gruesos desacuerdos que atraviesan la jurisprudencia arbitral, en el caso Walter Bau vs. Tailandia (2009, párr. 11.7) se consideró a ese cuestionamiento como «circular e inaceptable».

40 Caso CIADI n.º ARB-AF/00/2. Como se ha destacado con lucidez, «el "estándar" de Tecmed en realidad no constituye estándar alguno; es, por el contrario, la descripción de la regulación pública perfecta en un mundo perfecto, a la cual todos los Estados deberían aspirar pero que muy pocos (si alguno) llegará alguna vez» (Douglas, 2006, p. 28). Véase Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. República Árabe de Egipto (2002). En el caso CMS se sostuvo que «no puede caber duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento es-

Inclusive, en MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. República de Chile, se hace referencia a un deber activo de protección del inversor y no solo de abstención de conductas arbitrarias o perjudiciales respecto de aquel. Al parecer, la neutralidad hacia el inversor de parte del Estado no es suficiente, sino que también hay que velar por sus intereses, lo cual demanda de las autoridades una suerte de «paternalismo» sobre el inversor, como si este fuera incapaz de evaluar sus decisiones con una diligencia mínima.

Como resultado de ese cambio de rumbo, el TJE ratificó su protagonismo como fórmula omnicomprensiva que permite conjugar los efectos legales de todos los estándares de los TBIs y que puede ser invocada eficazmente en lugar de la expropiación, no arbitrariedad, discriminación, e incluso de las cláusulas paraguas[41]. Esa ampliación terminó por forzar los límites de la responsabilidad internacional de los Estados ante los actores empresariales privados, en especial porque la idea de conductas ilícitas internacionales pasó de pautas de cierta gravedad a una laxa idea de «buen gobierno». Las nociones de transparencia, consistencia y estabilidad regulatoria se transformaron en componentes esenciales del TJE y fueron utilizados recurrentemente por los paneles arbitrales[42], aumentando de modo significativo la posibilidad de condena en función de este principio.

Este alejamiento del estándar consuetudinario se profundizó en casos relacionados con el servicio de abastecimiento de aguas en Azurix y Biwater. En el primer caso se llegó a afirmar que la falta de TJE no solo no requiere una grave arbitrariedad, sino que ni siquiera necesita mala fe del Estado. Lo único que importa es la frustración de las expectativas que el inversor pudo haber tenido legítimamente en cuenta cuando hizo la inversión. Expresamente se postuló lo siguiente:

> Los niveles de conducta convenidos por las partes en un TBI presuponen una disposición favorable a la inversión extranjera; es más, una conducta pro-activa del Estado para fomentarla y protegerla. Fomentar y proteger la inversión es la finalidad del TBI. No sería compatible con esa finalidad y las expectativas creadas por dicho documento considerar que una de las partes en el TBI ha incumplido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo sólo cuando su conducta sea de mala fe o pueda calificarse como ultrajante o desmesurada. (Azurix Corp vs. la República Argentina, 2006, párr. 372)[43]

encial del trato justo y equitativo» (CMS Gas Transmission Company vs. la República Argentina, 2005, párr. 274); también LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina (2006, párr. 127 y ss.); y Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. vs. República de Ecuador (2008, párr. 340). Con una posición menos protectoria del inversor, véase Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania (2007, párr. 333).

41 SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas (2004, párr. 162); y Noble Ventures, Inc. vs. Rumania (2005, párr. 182).

42 Occidental Exploration and Production Company vs. la República de Ecuador (2004, párr. 183); Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina (2007, párr. 260); y PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, y Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi vs. República de Turquía (2007, párr. 253).

43 Caso CIADI n.º ARB/01/12. Véase CMS Gas Transmission Company vs. la República Argentina (2005, párr. 280); Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América (2002, párr. 116); y

2.5. Comunidades indígenas. ¿Interpretación evolutiva o estabilidad del entorno de la inversión?

Una última muestra de las tensiones entre agua e inversiones extranjeras se advierte en la colisión de los derechos amparados bajo el TBI con el principio de consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas para el desarrollo de proyectos productivos en sus territorios.

Como es sabido, el tratamiento de la situación de las comunidades indígenas a lo largo del continente americano y la incidencia de los estándares de derechos humanos en la gestión de los recursos naturales es uno de los aspectos más salientes de la reciente evolución de esta rama del derecho internacional.

El punto de partida de esa evolución es el reconocimiento de la noción de territorialidad indígena. Se entiende por territorialidad al modo de conceptualizar y de apropiar el espacio social en que se vive; se reflejan en ella las distintas formas de relación con la naturaleza instituidas por los grupos sociales que ocupan la tierra. El territorio es, desde esa perspectiva, una construcción social realizada en forma consciente por grupos humanos que «objetivizan» su relación con el ambiente a través de prácticas continuas. Se trata de una construcción colectiva, y su reflejo más patente es la presencia de una estructura social tradicional, bien definida, que habita el espacio mediante representaciones culturales, a partir de ritos asociados a la tierra, ordenando religiosamente su entorno.

En función de esas características, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente de la simple posesión de un bien, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. Dada su importancia, la noción de territorialidad indígena juega hoy un rol clave en la relación con los titulares de derechos que involucran a comunidades originarias, en la medida en que confiere un *plus* de protección a estas últimas en caso de conflicto con derechos civiles de propiedad[44].

Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos (2003, párr. 97). En el caso Bear Creek, la empresa demandante recurrió a esa ampliación del TJE al momento de fundar su pretensión. Como el tratado de libre comercio entre Perú y Canadá se sujetaba al mínimo internacional, la reclamante recurrió a la regla de la «nación más favorecida» para atraer la aplicación de aquellos TBIs que receptaban la comprensión laxa del estándar, de modo de poder sustentar su argumentación en aspectos de previsibilidad y gobernanza (Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú, párr. 158 del Memorial de demanda del 29 de mayo de 2015).

44 En efecto, la Corte Interamericana ha señalado que «para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras» (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, párr. 148) y que «la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de

En ese marco, se ha desarrollado y consolidado a nivel internacional la exigencia del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas en relación a los proyectos de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras, lo cual constituye un límite decisivo a los derechos reconocidos por el Estado sobre esos recursos.

La Corte Interamericana receptó la noción en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de 2007, estableciendo el triple estándar de «consulta y consentimiento», «estudios de impacto» y «participación en los beneficios» como requisito para la validez de emprendimientos productivos en los territorios de las comunidades.

En ese caso, el ordenamiento doméstico de Surinam solamente garantizaba a la comunidad el derecho al uso de la tierra, pero no aseguraba el derecho a controlar efectivamente el territorio sin injerencias externas. Los principales perjuicios provenían de concesiones mineras y forestales a terceros que claramente ponían en riesgo la integridad de las tierras de los Saramaka. Por ello, la Corte enfatizó que el derecho de propiedad de ese pueblo implicaba la previa delimitación de las tierras como paso para el otorgamiento de un título legal de propiedad que conlleve la posibilidad de uso de los recursos naturales, especialmente porque de ello depende la preservación del estilo de vida propio de ese pueblo.

En ese marco, la Corte estableció que el respeto del art. 21 de la Convención Americana —que consagra el derecho de las personas al uso y goce de sus bienes— en relación con los pueblos indígenas demanda siempre la «efectiva participación de la comunidad», de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, respecto de cualquier plan de desarrollo, inversión, exploración o explotación que pretenda realizarse en su territorio. Esta obligación implica que el Estado debe aceptar y divulgar información, que las consultas deben ser de buena fe, por medio de procedimientos culturalmente adecuados y con el objetivo de alcanzar el consenso. Además, la consulta debe hacerse efectiva desde el primer momento de elaboración del proyecto y teniendo en cuenta los métodos propios de la comunidad para la toma de decisiones, especialmente el tiempo que ellos puedan insumir. El Gobierno también debe garantizar que la comunidad conozca fehacientemente los riesgos involucrados, tanto para la salud como el ambiente.

Adicionalmente, en aquellos emprendimientos que impliquen un mayor impacto en el territorio, el Gobierno no solo debe consultar a la comunidad, sino obtener su consentimiento libre, previo e informado. La mera consulta es insuficiente en estos casos. En segundo lugar, el Estado debe garantizar que la comunidad reciba un beneficio o rentabilidad razonable de cualquier emprendimiento en su territorio[45]. Tercero, el Estado debe garantizar que ninguna concesión será otorga-

---

su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural» (Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 17 de junio de 2005, párr. 142 y ss.).

45 En este punto, la Corte Interamericana ha aclarado que la participación en los beneficios encuentra cobertura en el art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la compensación que la misma impone no se limita a los supuestos de privación total de la propiedad por medio de la expropiación, sino también a la privación del uso regular y disfrute de tal propiedad. En ese contexto, el derecho a una justa indemnización se traslada al derecho de los miembros de

da en territorio de la comunidad a menos y hasta que entidades independientes e idóneas técnicamente, bajo la supervisión estatal, ejecuten un estudio previo de impacto ambiental y social.

En función de lo dicho, toda concesión administrativa de derechos de explotación sobre los recursos naturales que no cumpla estos tres requisitos configura una violación a los arts. 21 y 1.1 de la Convención Americana[46].

El triple estándar fijado por la Corte Interamericana en el caso Pueblo Saramaka (consulta y consentimiento, estudios de impacto, y participación en los beneficios) es aplicable, en los términos de la Corte, a «los planes de inversión, desarrollo, exploración o explotación de los recursos naturales» que puedan afectar de forma directa o indirecta la capacidad de los pueblos indígenas para usar y gozar efectivamente sus tierras, territorios y recursos naturales, de manera que supongan, de hecho, una «privación o limitación de su derecho de propiedad» (Pueblo Saramaka vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007, párr. 129)[47].

Con ese alcance, la consagración de este estándar de trato plantea interrogantes en punto a su consistencia con los derechos de los inversores. Basta pensar en la gran cantidad de derechos otorgados por el Estado sobre recursos ubicados en territorios indígenas y las implicancias que tiene reconocer capacidad de incidencia y de participación económica a esas comunidades. En el caso del Perú, este dilema está en el centro del caso Bear Creek.

La gradual adecuación del derecho doméstico al estándar comentado podría ser fuente de perjuicios económicos para inversores, quienes podrían aducir la existencia de una alteración sustantiva del marco jurídico existente al momento de reconocer su derecho a la explotación del recurso, que no incluía el deber de recabar el consentimiento de las comunidades y descansaba en la soberanía estatal sobre sus recursos. La situación se complejiza en caso de cláusulas de estabilización previas a la consagración de este criterio, que podrían pretender ser invocadas por las empresas para inmunizarse ante los cambios en el derecho doméstico que él implica (Bohoslavsky y Justo, 2015).

---

la comunidad de participar razonablemente en los beneficios que resultan de la restricción o privación de su derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de los recursos necesarios para su subsistencia.

46 En la misma línea, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce a esos pueblos el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. Adicionalmente, el art. 32 de esa Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos y que los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas «a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo».

47 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (28 de noviembre de 2007, párr. 129).

3. La tensión entre derechos humanos y TBIs. Dos propuestas de trabajo

Las anteriores son solo algunas muestras de las tensiones que la traslación del arbitraje privado a la arena del interés público genera. Si no se introducen las pautas interpretativas necesarias para evitar cierto sesgo pro inversor, el riesgo de los TBIs es que terminen socavando la ya débil capacidad regulatoria de los países de América Latina, contribuyendo, con ello, a profundizar los problemas crónicos en la gobernabilidad del agua.

En definitiva, es necesario lograr una visión más equilibrada, que proteja al inversor contra tratos persecutorios y discriminatorios, pero que no impida al Estado adoptar las medidas necesarias para proteger intereses básicos de su población.

Para lograr ese equilibrio es necesario encarar dos frentes: el doméstico y el internacional.

3.1. Frente doméstico: el rol convencional de las autoridades internas.

En muchos países de América Latina predomina la idea de que las autoridades nacionales se encuentran inermes frente a los paneles de árbitros y que solo les cabe actuar como meros espectadores y ejecutores de los laudos.

Lejos de ser infundada, esa percepción es el resultado de la regla de inoponibilidad del derecho interno consagrada en el art. 27 de la Convención de Viena y de la imposibilidad de revisión de los laudos por parte de los estamentos locales establecida por el art. 54 de la Convención CIADI. Sin embargo, cuando abordamos el análisis de la actividad estatal desde la perspectiva del derecho humano al agua y el saneamiento (DHAS) es posible sortear esas dos limitaciones. Una de las funciones centrales del DHAS consiste, en efecto, en resignificar del papel de las autoridades domésticas a partir de concebir a las clásicas medidas de poder de policía como expresiones del deber internacional de protección de ese derecho.

Esa resignificación apunta a ampliar el espectro de actuación de las autoridades nacionales frente a los TBIs y superar, de esa manera, la creencia de que nada puede hacerse.

El DHAS genera sobre el Estado básicamente tres obligaciones: (a) obligación de respeto (abstenerse de realizar cualquier práctica o actividad que interfiera, obstaculice o limite el acceso igualitario a agua adecuada); (b) obligación de garantía (implica facilitar, promover y proveer el agua a aquellas personas o grupos impedidos, por razones ajenas a su control, de acceder a ella; y (c) obligación de protección.

Es esta última la que tiene una especial relevancia para el presente capítulo, pues requiere que el Estado prevenga la interferencia de terceros (por ejemplo, empresas) en el disfrute de cada derecho. Proteger implica, entonces, diseñar y poner en práctica medidas regulatorias que resulten eficaces para evitar que esos terceros obstaculicen el acceso igualitario al recurso, lo contaminen, etc. Es decir, ejercer el poder de policía (Justo, 2013 y 2015).

De tal modo, cuando se analiza una medida que afecta a un inversor, es necesario verificar si ella se encuentra encaminada a cumplir con el deber de protec-

ción del DHAS que pesa sobre las autoridades públicas y —en caso afirmativo— computar el impacto de ese dato en la resolución de una eventual controversia, ya sea desestimando el reclamo o reduciendo la indemnización.

Si el Estado prueba que la medida regulatoria constituye la forma —razonable y proporcionada— de dar cumplimiento a su deber de protección, su validez se verá fuertemente favorecida y restará evaluar, en todo caso, si se configuran los presupuestos de un eventual resarcimiento por actividad lícita, en especial el vinculado con la existencia de un sacrificio especial impuesto al inversor cuya falta de reparación implique un trato discriminatorio.

Sin embargo, será crucial constatar que efectivamente la medida regulatoria tienda a proteger a destinatarios identificables individual o grupalmente y no alcanzará con invocar el beneficio de entidades colectivas mediante conceptos como el bien común o el interés general. Justamente, la restricción de los derechos del inversor debe justificarse en ese deber de protección del DHAS, porque ahí está la clave internacional. Por ejemplo, si el Estado establece requerimientos ambientales en ciertas industrias para mejorar la calidad de agua, debe acreditar de qué forma esa medida viene exigida por la protección del DHAS en cabeza de ciertos grupos o personas que actualmente no acceden a esa calidad o que se encuentran expuestos a riesgos futuros en relación a ella.

En otros términos, la autoridad estatal debe identificar y probar el incumplimiento concreto en materia de DHAS que con la medida viene a prevenir o subsanar. Si el Estado prueba la protección, nos encontraremos ante el cumplimiento de su deber positivo, y ese extremo debe ser necesariamente valorado por los árbitros para no comprometer su eficacia. Por el contrario, si no lo hace, estaremos ante una desviación de poder, pues se habrá ejercido la facultad apartándose de las finalidades tenidas en miras por el ordenamiento convencional para su otorgamiento.

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

3.2. Frente internacional: la primacía del DHAS sobre los TBIs.

La segunda propuesta es más ambiciosa y se relaciona con la primacía del DHAS sobre los TBIs.

En efecto, aun cuando jerarquizar al poder de policía bajo el encuadre del deber internacional de protección del DHAS ayuda a resolver el problema de la preeminencia de los TBIs sobre el derecho interno, seguimos teniendo un problema de base, que es la ausencia de un mecanismo eficaz en el derecho internacional para resolver los conflictos entre las normas provenientes de diferentes tratados.

Ello sucede porque, de acuerdo con el criterio predominante, en el derecho internacional no rige el principio de jerarquía, salvo en lo que hace al *ius cogens*. Producto de esa carencia, los conflictos entre tratados —por caso, entre un TBI y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que consagra el DHAS— no pueden ser resueltos bajo la regla de que la norma supe-

rior deroga a la inferior. Ello conduce a la fragmentación del orden jurídico y hace que —en caso de colisión entre el TBI y el PIDESC— ninguno pueda prevalecer. Todo queda librado a una cuestión de opiniones, o de poder.

Para salir de ese punto de bloqueo es decisivo argumentar en favor de la primacía de los derechos humanos sobre las inversiones, y la vía que aquí se propone parte de una idea simple: los tratados de derechos humanos encarnan los fines del derecho internacional contemporáneo, mientras que los TBIs son uno de los medios para la consecución de esos fines. Los medios no pueden prevalecer sobre los fines, sino que deben adecuarse a ellos. Cuando el medio comporta la frustración del fin, debe ser dejado de lado. He ahí la primacía.

Hay tres razones para defender esa postura.

La primera razón es histórica: las convenciones de derechos humanos no nacieron por casualidad. Fueron instituidas a partir de la decisión consciente y firme de la comunidad internacional de evitar que las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial se repitieran. La paz y el respeto por los derechos humanos se convirtieron en el nuevo fin del derecho internacional y, por ello, para protegerlos se crearon una serie de tratados con rasgos diferentes a los tradicionales (Henkin, 1989).

La firma de la Carta de las Naciones Unidas, máxima expresión jurídica de los nuevos objetivos, cristalizó en 1945 ese compromiso de la comunidad internacional. Dando cuenta de su importancia para la etapa que comenzaba, la Carta se refiere a los derechos humanos en siete ocasiones (Preámbulo y arts. 1, 13, 55, 62, 68 y 76) y encomienda la determinación de sus alcances a uno de los órganos de la naciente organización —la Comisión de Derechos Humanos—. Ese mandato se concretaría en el hito más importante del derecho internacional de posguerra, la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por el contrario, la meta de los TBIs es básicamente instrumental. Ellos procuran fomentar el flujo mundial de inversiones como una forma de alcanzar el desarrollo sostenible. El preámbulo del Convenio CIADI tiene explicitado como único objetivo a la generación de desarrollo económico y —desde la concepción que lo informa— se entiende que las inversiones extranjeras son el instrumento adecuado para el logro de ese propósito. Ese logro no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los propósitos del derecho internacional de posguerra.

En definitiva, en la década de 1990, el mundo entendió que los propósitos humanistas del derecho internacional serían alcanzados mejor mediante la libre circulación de bienes y capitales, pero no convirtió a esas estrategias en fines en sí mismos. Los derechos humanos y la paz duradera siguen encarnando los fines del derecho internacional y el libre tránsito de bienes e inversiones es una de las formas de conseguirlo.

La segunda razón de la primacía es lógica: que los derechos humanos sean fines y los TBIs medios trae aparejada una prioridad de los primeros porque los medios no pueden prevalecer sobre los fines, sino que deben adecuarse a ellos. Si el medio prevalece sobre el fin, deja de ser medio.

La tercera razón es jurídica. Los orígenes históricos de los TBIs y de los derechos humanos, que —como se ha visto— abonan una relación instrumental con

irremediables consecuencias en términos de interpretación lógica, tienen su clara traducción jurídica en el art. 103 de la Carta de la ONU. Dicha norma establece la preeminencia de las obligaciones fijadas en ese instrumento fundacional por sobre las provenientes de otros tratados, al prescribir que «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».

Dentro de esas obligaciones preeminentes, los arts. 55 y 56 de la Carta incluyen la adopción de medidas para lograr «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades». Dicho de otro modo, las obligaciones en materia de derechos humanos son de aquellas que, de acuerdo con el art. 103, prevalecen sobre las originadas en otros acuerdos internacionales y ello es así porque —como ha postulado la Corte Internacional de Justicia— «la denegación de derechos humanos fundamentales constituye una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas»[48].

Este abordaje se confirma con el propio preámbulo de la Carta. Allí se enuncian en primer término los propósitos de «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles», «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana» y «promover el progreso social», para luego establecer los medios para alcanzar «tales finalidades», que incluyen —entre otros— el empleo de «un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos». En este «mecanismo» podrían encuadrarse los TBIs que, en todo caso, deben ser leídos como parte de aquel «orden social e internacional en el que los derechos y libertades se hagan plenamente efectivos», a cuyo establecimiento tiene derecho cada persona según el art. 28 de la Declaración Universal.

En definitiva, la construcción que vino a materializar jurídicamente el legado humanista es la siguiente: para alcanzar los altos propósitos que enmarcaron su nacimiento, la Carta fijó al respeto a los derechos humanos como obligación preeminente de los Estados y encomendó la definición de sus alcances a la Comisión de Derechos Humanos. Esa labor reglamentaria dio lugar al nacimiento del *International Bill of Human Rights*, como cuerpo normativo que —conformando un todo inescindible con origen en la Carta— expresa el conjunto de obligaciones de los miembros en materia de derechos humanos al cual el art. 103 confiere rango prioritario.

Se insiste lo siguiente: la Declaración Universal y sus derivados constituyen la especificación de las obligaciones genéricamente establecidas con rango prevalen-

48 Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276, CIJ, OC del 21 de junio de 1971 (1970, párr. 131).

te por los arts. 55, 56 y 103 de la Carta de ONU. Lejos de ser casual, esto expresa jurídicamente la primacía que todo el derecho internacional de posguerra asigna a la dignidad de las personas. Rechazar el contenido humanista de esa tradición es cuanto menos osado. La pretensión de tratar a los derechos humanos como una norma más en el concierto internacional es claramente artificial. No solo no refleja la historia ni el marco jurídico imperante, sino que pretende invisibilizar esos antecedentes para conferir a la doctrina del libre comercio un carácter constitucional y fundacional que claramente no tiene. Pretender que la circulación global de bienes y servicios es la única base legítima de funcionamiento del orden económico mundial evidencia una negación manifiesta del proceso evolutivo experimentado por el derecho internacional en los últimos setenta años.

Más aún, han sido los propios Estados quienes, en pleno apogeo neoliberal, reconocieron la primacía de sus obligaciones en materia de derechos humanos. En 1993, la Declaración y el Programa de Acción de Viena —firmado por 171 Estados— ratificó que el efectivo disfrute de los derechos humanos es el fin último del derecho internacional y que ese propósito ha sido plasmado primero genéricamente en la Carta de la ONU —como fórmula constitucional— y luego específicamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esa oportunidad, la comunidad internacional también ratificó «la aspiración de todos los pueblos a un orden internacional basado en los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y el respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad». Esos son los fines y valores que deben alcanzar por diferentes vías, entre las que cabe computar a las del libre flujo de bienes y capitales.

Como vemos, la primacía de los derechos humanos sigue siendo un pilar del derecho internacional contemporáneo. La razón de esa primacía es simple: los derechos humanos expresan los fines del derecho internacional actual, mientras que las instituciones del derecho económico internacional tienen la condición de medios. La marca del legado humanista del derecho internacional de posguerra es, precisamente, la preeminencia teleológica de los derechos humanos que da sentido a todo el sistema[49]. Creer que ese legado ha sido reemplazado por el consenso neoliberal de la década de 1990 es lo que ha llevado a mantener una discusión algo artificiosa. No solo moralmente, sino jurídicamente, las personas son más importantes que los negocios, y ello se explicita en el carácter instrumental del vínculo entre TBIs y DHAS.

Está claro, entonces, que si se asume esta primacía, muchos de los conflictos que se han enunciado en este trabajo dejarían de existir, porque podríamos resolverlos con la regla de la *lex superior*. Dicho de otro modo, de admitirse la línea aquí propuesta, el TBI debería ser dejado de lado cuando exista un conflicto normativo

49 Sin un fin último todo proceso organizativo sería infinito (Aristóteles, 2005, p. 14).

con el DHAS[50]. Naturalmente, esto implica una transferencia significativa de poder en favor de los Estados y los tribunales de derechos humanos y en desmedro de organismos como el CIADI. Está claro que los intereses en juego dificultan que ese reconocimiento se materialice expresamente y por eso es importante que en el campo de las ideas se haga una contribución a ese debate global.

4. Conclusiones

La extrapolación del arbitraje privado a temáticas de interés público genera inconsistencias en la resolución de las controversias que involucran a los Estados. Si no se las supera, el riesgo es que los TBIs terminen socavando la ya débil capacidad regulatoria de los países de América Latina, y contribuyan de ese modo a profundizar los problemas crónicos en la gestión del agua.

Para minimizar ese riesgo, tenemos que entender la labor regulatoria en clave convencional y con ello jerarquizar las capacidades de las autoridades nacionales. El modo de hacerlo es encuadrar a esa labor como una forma de cumplimiento del deber internacional de protección del DHAS.

Si ello no funciona, y se mantiene una situación de conflicto normativo entre los requerimientos del DHAS y los TBIs. Se debe reconocer la primacía del primero sobre los segundos, habilitando de esa manera la utilización de la regla de jerarquía para resolver la colisión entre uno y otro.

50 Existen dos maneras de definir un conflicto normativo en el derecho internacional. Según un criterio estricto, este existe si para una parte en dos o más tratados solo resulta posible cumplir una norma dejando de cumplir con la otra (Marceau, 2002, p. 753). Por el contrario, desde una perspectiva amplia, el conflicto puede suscitarse cuando un tratado llega a frustrar los fines de otro tratado, aun si no existe una incompatibilidad estricta entre sus disposiciones. Esta última noción es la que adopta la Comisión de Derecho Internacional (2006) —Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission (ILC), A/CN.4/L.682. Asamblea General de las Naciones Unidas—. Esa es la perspectiva que parece más realista y menos formalista, además de más compatible con el art. 41 de la Convención de Viena.

REFERENCIAS

Aguas del Tunari, S.A. vs. República de Bolivia, n.º ARB/02/3 (CIADI, 2005). Decisión sobre Jurisdicción.

Aristóteles. (2005). Ética a Nicómaco. Madrid: Alianza Editorial.

Astaldi S.p.A. vs. República de Honduras, n.º ARB/O7/32 (CIADI, 2010).

Azinian, Davitian y Baca vs. los Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB.F./97/2 (CIADI, 1999).

Azurix Corp. vs. la República Argentina, n.º ARB/01/12 (CIADI, 2006).

Bayview Irrigation District et al. vs. los Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/05/1 (CIADI, 2007).

Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú, n.º ARB/14/21 (CIADI).

Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, 95 ILR (1989).

Biwater Gauff Ltd. vs. República Unida de Tanzania, n.º ARB/05/22 (CIADI, 2008).

Bohoslavsky, J.P., y Justo, J.B. (2013). The Conventionality Control of Investment Arbitrations: Enhancing Coherence through Dialogue. *Transnational Dispute Management Journal* (TDM), (1).

Bohoslavsky, J.P., y Justo, J.B. (2015). Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio. *Revista del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, *3*(5), 65-94.

Bohoslavsky, J.P., y Justo, J.B. (2016). Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo?. En A. Tanzi, y L. Gradioni (eds.), *Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras: Problemas y Perspectivas*. Leiden: Brill.

CMS Gas Transmission Company vs. la República Argentina, n.º ARB/01/8 (CIADI, 2005).

Comisión de Derecho Internacional. (2006). Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission (ILC), A/CN.4/L.682. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Comisión de Libre Comercio del TLCAN. (31 de julio de 2001). Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. la República Argentina, n.º ARB/97/3 (CIADI, 2002). Decisión sobre Anulación.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. la República Argentina, n.º ARB/97/3 (CIADI, 2007).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, n.º ARB/96/1 (CIADI, 2000).

Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas (17 de junio de 2005).

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas (31 de agosto de 2001).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2012). *Fair and Equitable Treatment*. Ginebra: Naciones Unidas.

Douglas, Z. (2006). Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. *Arbitration International*, *22*(1). 27-52.

Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. vs. República de Ecuador, n.º ARB/04/19 (CIADI, 2008).

El Paso Energy International Company vs. la República Argentina, n.º ARB/03/15 (CIADI, 2006). Decisión sobre Jurisdicción.

El Paso Energy International Company vs. la República Argentina, n.º ARB/03/15 (CIADI, 2011).

Embid, A., y Martin, L. (2015). La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina. *Serie División Recursos Naturales e Infraestructura*, (173). Santiago de Chile: Naciones Unidas; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America, Iran-US CTR, vol. 23, 1989-II (1989).

Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina, n.º ARB/01/3 (CIADI, 2007).

Gami Investments, Inc. vs. el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, UNCITRAL —NAFTA— (2004).

Glamis Gold, Ltd. vs. los Estados Unidos de América, UNCITRAL —NAFTA— (2009).

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG vs. República de Ghana, n.º ARB/07/24 (CIADI, 2010).

Henkin, L. (1989). The Universality of the Concept of Human Rights. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, *506*(1). 10-16.

International Thunderbird Gaming Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos, UNCITRAL —NAFTA— (2006).

Justo, J.B. (2013). El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). *Colección Documentos de proyecto*. Santiago de Chile: Naciones Unidas; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), División de Recursos Naturales e Infraestructura.

Justo, J.B. (2015). Derecho humano al agua y al saneamiento. Historia, contenido y desafíos. *Revista Patagónica de Bioética*, *2*(2). 8-44.

Justo, J.B. (2016). Los conflictos por agua y las enseñanzas de la causa *Mendoza*. En P. Urteaga, A. Guevara Gil, y A. Verona (eds.), *El Estado frente a los conflictos por el agua. Terceras Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ). 55-69.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276, CIJ, OC del 21 de junio de 1971 (1970).

L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, (Mexico-United States General Claims Commission, 1926).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. vs. República Argentina, n.º ARB/02/1 (CIADI, 2006).

Marceau, G. (2002). WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*, *13*(4). 753-814.

Martin, L. y Justo, J.B. (2015). Análisis, prevención y resolución de conflictos por agua en América Latina y el Caribe. *Serie Recursos Naturales e Infraestructura*, (171). Santiago de Chile: Naciones Unidas; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), División Recursos Naturales e Infraestructura.

Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/99/1 (CIADI, 2002).

Merrill & Ring Forestry L. P. v. The Government of Canada, (UNCITRAL —NAFTA—, 2010).

Metalclad Corporation vs. los Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB AF/97/1 (CIADI, 2000).

Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América, (NAFTA, 2005).

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. República Árabe de Egipto, n.º ARB/99/6 (CIADI, 2002).

Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América, n.º ARB(AF)/99/2 (CIADI, 2002).

MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. República de Chile, n.º ARB/01/7 (CIADI, 2004).

Newcombe, A. (2005). The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, *20*(1). 1-46.

Noble Ventures, Inc. vs. Rumania, n.º ARB/01/11 (CIADI, 2005).

Occidental Exploration and Production Company vs. la República de Ecuador, n.º UN3467 (LCIA, 2004).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2004). "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04. OECD Publishing. Recuperado de http://dx.doi.org/10.1787/780155872321

Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania, n.º ARB/05/8 (CIADI, 2007).

Phelps Dodge International Corp. et al. vs. la República Islámica de Irán, Iran-US CTR, 10, 121 (1986).

Pope & Talbot Inc. vs. el Gobierno de Canadá, UNCITRAL —NAFTA— (2000).

PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, y Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi vs. República de Turquía, n.º ARB/02/5 (CIADI, 2007).

Pueblo Saramaka vs. Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (28 de noviembre de 2007).

S.D. Myers, Inc. vs. Gobierno de Canadá, UNCITRAL —NAFTA— (2000).

Saluka Investments B.V. vs. la República Checa, (CNUDMI, 2006).

Sempra Energy International vs. la República Argentina, n.º ARB/02/16 (CIADI, 2007).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas, n.º ARB/02/6 (CIADI, 2004).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, n.º ARB/01/13 (CIADI, 2003). Decisión sobre Jurisdicción.

Siemens A.G. vs. la República Argentina, n.º ARB/02/8 (CIADI, 2007).

Stanley, L. (2004). *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Red de Inversiones y Estrategias Empresariales.

Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran, 4 Iran-US CTR. 122, 154 (1983).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal, S.A. vs. República Argentina, n.º ARB/03/19 (CIADI, 2010).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. los Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB-AF/00/2 (CIADI, 2003).

Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Iran-US CTR, n.º 141-7-2 (1984).

Walter Bau vs. Tailandia, CNUDMI (2009).

Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos, n.º ARB(AF)/00/3 (CIADI, 2004).

REFLEXIONES SOBRE LA EXPERIENCIA PERUANA EN EL CIADI

*Víctor Saco Chung**
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

El presente artículo se basa en la ponencia presentada en las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas, Derecho Humano al Agua y Derecho de las Inversiones: Trayectorias y Perspectivas, la cual fue parte de la segunda mesa acerca de «El derecho administrativo de aguas y el derecho internacional de las inversiones en América Latina». Asimismo, la información aquí contenida es fruto de la investigación de la tesis doctoral del autor[1] y de otros artículos académicos relacionados a esta.

A continuación, se exponen argumentos que sustentan las dos siguientes ideas que son sendas caras de una misma moneda: que el Sistema de Solución de Diferencias Inversionista-Estado no es perjudicial *per se* para los Estados (o que por lo menos no lo ha sido para el Perú) y que los problemas que se generan respecto a este sistema dependen en gran parte de decisiones estatales.

1. El Sistema de Solución de Diferencias Inversionista-Estado

El Sistema de Solución de Diferencias Inversionista-Estado (ISDS por sus siglas en inglés) consiste en la posibilidad de que un inversionista, sea una persona natural, jurídica o ambas, pueda demandar al Estado en el que realizó la inversión ante un tribunal internacional. Ello a pesar de que a la inversión y a los inversionistas se les apliquen también las leyes nacionales.

La posibilidad de que lo anterior suceda radica en que el Estado accedió a ello mediante un acuerdo internacional de inversiones, es decir, un tratado. También es posible que el Estado otorgue esta facultad a los inversionistas a partir de un contrato o, incluso, a través de una ley o dispositivo normativo interno. Sea de la forma en que esté previsto, finalmente el resultado es el mismo: el inversionista extranjero no tiene que resolver sus diferencias con el Estado en sede interna, sino que puede hacer uso de la jurisdicción internacional[2].

---

* http://pucp.academia.edu/VSaco

1 Véase Saco (2017).

2 Sobre el particular, se puede revisar el ilustrativo texto de Álvarez (2011).

Esta posibilidad no es nueva en el derecho internacional, pues también está presente en el plano de los derechos humanos. Un claro ejemplo de esto último se tiene en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Puede encontrarse una similitud entre el ISDS y la Corte IDH, ya que en ambos casos las cortes revisan que el Estado cumpla con lo que se comprometió en el tratado: la Convención Americana sobre Derechos Humanos o un acuerdo internacional de inversiones (o lo contenido en un contrato entre el inversionista y el Estado).

Además de esta última similitud, también se puede considerar que ambos sistemas permiten que las personas naturales puedan tener derechos a nivel internacional. Sin embargo, una diferencia interesante es que en el derecho de las inversiones no siempre es necesario agotar las vías judiciales internas, como sucede en el caso de los derechos humanos. En todo caso, dependerá del acuerdo, por ejemplo en el artículo 10 del Convenio entre Perú y Alemania:

> Artículo 10
> (1) Las controversias que surgieran entre una de las partes contratantes y un nacional o una sociedad de la otra parte contratante en relación con las inversiones, en el sentido del presente convenio, deberán, en lo posible, ser dirimidas entre las partes en la controversia.
> (2) Si una controversia, en el sentido del párrafo 1, no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.
> (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:
> (a) A petición de una de las partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes.
> (b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.
> (4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubiesen acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", de 18 de marzo de 1965, o a un tribunal arbitral ad-hoc, establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.M.U.D.I.).
> Si después de una periodo de tres meses, a partir de que una de las partes hubiese solicitado el comienzo del procedimiento arbitral no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del "convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre estados y nacionales de otros estados", de 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas partes contratantes sean parte de dicho convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal arbitral ad-hoc antes citado.

> (5) El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente convenio y, en su caso, sobre la base de otros convenios o tratados vigentes entre las partes; del derecho interno de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado; y, de los principios generales del derecho internacional.
> (6) El laudo arbitral será obligatorio y se ejecutará de acuerdo con la legislación interna. (Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 1995, pp. 4-5)

El artículo arriba citado permite recapitular ciertas ideas básicas, algunas ya comentadas: primero, que los inversionistas pueden reclamarle el cumplimiento del derecho internacional a un Estado [numeral (1), por ejemplo]. Segundo, la mayoría de tratados permiten un «período de enfriamiento», normalmente de seis meses, para que las partes puedan resolver sus diferencias sin llegar a la vía arbitral [ver numeral (1) y la primera parte del numeral (2)]. Tercero, a diferencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aquí no es necesario «agotar» los recursos internos, basta con iniciarlos y no tener respuesta en un tiempo prudencial [ver segunda parte del numeral (2) y las dos opciones del literal (a) del numeral (3)]. Ahora, como bien se menciona en el literal (b) del numeral (3), es posible que las partes hayan acordado en un contrato, o de otra forma, el recurso al tribunal arbitral. En otros tratados no se prevé iniciar el procedimiento interno como un requisito, en tanto que otros cuentan con una cláusula conocida como «bifurcación en el camino», la cual consiste en que el inversionista tiene opciones para solucionar sus diferencias con el Estado, ya sea por la vía interna, el arbitraje internacional u otras, sin poder dar marcha atrás luego de haber hecho una elección. Finalmente, conforme con el numeral (4) (no se tratarán aquí los últimos dos numerales por entenderse con la lectura), se mencionan dos de las reglas de arbitraje más utilizadas en el ISDS: aquellas que guían al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Es importante recordar que cada caso arbitrado tendrá su propio grupo de árbitros *ad hoc* elegidos para resolverlo. Además, las reglas mencionadas, generalmente, son de aplicación supletoria a las que elijan las partes y buscan que el arbitraje no se detenga porque una de las partes quiera entorpecerlo.

Un punto a tomar en cuenta, que se desarrollará en el segundo acápite de este trabajo, se refiere a que los tribunales arbitrales basan su competencia en un tratado, o lo que es lo mismo, que solo pueden ver causas para las cuales los Estados les han otorgado permiso. Esto llevará a que sea necesario, en algunos casos, revisar también si el tribunal arbitral tiene competencia para conocer la causa[3].

En virtud de lo previamente analizado, podemos concluir que los inversionistas pueden demandar a los Estados que reciben la inversión frente a un tribunal

3 Esto ha sido llamado el *double keyhole approach*. Sobre el particular, véase Dolzer y Schreuer (2008, pp. 61-62).

arbitral. Para que esto sea posible, se requiere previamente que el Estado receptor de la inversión haya otorgado ese derecho al inversionista en el tratado (el mismo que recoge los procedimientos para el establecimiento del tribunal arbitral y sus procedimientos), pero también, y esto es muy importante, que el Estado haya reconocido determinado supuesto como inversión, por lo que es preciso, previamente, determinar si al agua se le puede aplicar el tratado, o sea, si el agua puede ser considerada una inversión protegida por el tratado.

2. Agua como inversión

En la parte anterior concluimos que el hecho de que los Estados den derechos internacionales a los inversionistas extranjeros en su territorio depende básicamente del propio Estado y su decisión de ratificar tratados en este sentido. Lo mismo se replica con el hecho de que asuntos relativos al agua puedan ser tratados a nivel internacional.

Por asuntos relativos al agua, en este artículo se busca hacer referencia a aquello que pueda estar relacionado a este elemento, siempre que sea considerado como inversión. Dicho de otro modo, el agua solo será protegida por el derecho internacional respecto a las inversiones si esta es considerada por el tratado respectivo como una inversión.

Lo anterior hace que sea importante determinar qué se entiende por inversión, tarea que debe llevarse a cabo caso por caso, pues en cada tratado se definirá si el agua es considerada como inversión o no, y de serlo, estará protegida internacionalmente.

Respecto a la definición de inversión, a pesar de depender del caso concreto, en la actualidad, y a grandes rasgos, encontramos dos tendencias: la definición basada en activos y la definición basada en listas. El primer tipo de definición está relacionado, en el caso del Perú, a los acuerdos anteriores al Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, mientras que el segundo tipo está relacionado a los acuerdos posteriores a este tratado, coloquialmente llamado TLC[4].

Respecto al primer caso, podemos hacer mención nuevamente del tratado entre el Perú y Alemania, en el que se define, en su artículo primero, a la inversión de la siguiente manera:

> Artículo 1
>
> Para los efectos del presente convenio:
> (1) "Inversión" designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; esto incluye en particular, pero no exclusivamente:
> (a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas y derechos de prenda;
> (b) acciones o derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades;

4 Se puede apreciar otra clasificación en Dolzer y Schreuer (2008, pp. 62 y ss.).

> (c) derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones bajo contrato y derechos otorgados por ley, que tengan un valor económico;
> (d) derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos y conocimientos tecnológicos patentados o no, documentos técnicos e instrucciones, know how y goodwill;
> (e) las concesiones otorgadas, por ley o contrato, por las partes contratantes o sus entidades públicas para el ejercicio de una actividad económica, incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de los recursos naturales.
> Las modificaciones en la forma de inversión de los bienes no afectan su carácter de inversión. (Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 1995, p. 1)

Con la referencia al Artículo 1 queda reafirmado por qué se conoce a esta definición por su mención a los activos. Igualmente, se puede apreciar que, en principio, si el agua es considerada como una activo, mediante una concesión o por derechos de propiedad sobre la misma, esta será considerada como una inversión y, por tanto, protegida por el tratado.

En caso de no querer que el agua sea considerada una inversión, se podría indicar específicamente en el tratado el deseo de excluir los activos relacionados al agua de los activos considerados como inversión. Esto es justamente lo que sucede en la segunda definición de inversión, que si bien, al igual que la anterior, parte de un concepto abierto, posteriormente se complementa la definición con una lista que excluye algunos supuestos del ámbito de aplicación del tratado.

Por ejemplo, en el Artículo 10.28 de la Sección C del Capítulo Diez del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos:

> **Inversión** significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: [Siguen ocho ejemplos]. (Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, Capítulo Diez, 2006, p. 25)

Conforme con esta parte del artículo, no existe una gran diferencia con la definición basada en activos del Convenio entre Alemania y Perú; sin embargo, la diferencia se encuentra en los anexos del Acuerdo de Promoción Comercial, por ejemplo, en el Anexo I Lista del Perú se menciona lo siguiente:

> Ningún nacional extranjero, empresa constituida bajo legislación extranjera o empresa constituida bajo la ley de Perú, completa o parcialmente, directa o indirectamente, en manos de nacionales extranjeros, puede adquirir ni poseer por título alguno, directa o indirectamente, tierras o aguas, (incluyendo minas, bosques o fuentes de energía) dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras de Perú. Por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros se puede

> autorizar excepciones en caso de necesidad pública expresamente declarada. (Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, Anexo I, 2006, p.1)

Este es un ejemplo de cómo se puede excluir de la aplicación del tratado ciertos activos, incluyendo la mención especial al agua. Si bien esta mención es general, también podrían incorporarse menciones específicas.

Como segunda conclusión tenemos que la posibilidad de incluir al agua como inversión depende del Estado, debido a que este tiene la potestad de quitarlo del marco de aplicación del tratado.

3. No es cierto que en el ISDS solo ganen las empresas

A pesar de que es el Estado el que creó el Sistema y permite que los inversionistas puedan proteger sus inversiones relacionadas con el agua, son algunos de estos también quienes han protestado por la parcialidad del ISDS a favor de las empresas. Esta alegada parcialidad nos haría pensar que en la gran mayoría de los casos son las empresas las que ganan, y los tribunales decretan grandes sumas de dinero como compensación a ser pagadas por los Estados[5].

Como se señala en otro artículo, del que se recoge el recuento de casos que se presentan a continuación, esta afirmación no es cierta, y el caso del Perú demuestra que puede presentarse todo lo contrario[6].

En general, por ejemplo, en el 2013 el Estado ganó 43% de los casos arbitrales conocidos, mientras que los inversionistas ganaron en un 26%; en el 31% restante las partes alcanzaron un acuerdo (UNCTAD, 2014). Esta, normalmente, es la tendencia. Al respecto, Susan Franck ya lo evidenciaba en un estudio del 2008, en el que sus cifras arrojaron lo que sigue: 38,46% de laudos a favor del inversionista, 57,59% a favor del Estado y un 3,85% de acuerdos entre las partes (Franck, 2007).

En el caso del Perú, la diferencia es aún más abrumadora y a favor del Estado. Como se trabajó en otro artículo académico, a inicios del 2015, de los 11 casos peruanos en los que tribunales del CIADI emitieron laudos, el Perú perdió dos, o sea, casi un 90% de efectividad. En los dos casos que perdió, los tribunales otorgaron a los inversionistas alrededor del 50% de lo que solicitaban.

Ninguno de los 11 casos estaba relacionado con agua o recursos hídricos. Compagnie Minière Internationale Or S.A. vs. República del Perú (2001), el primer caso, involucraba a la Compagnie Minière Internationale Or S.A., una sucursal de Bureau de Recherches Géologiques et Minières (BRGM), empresa estatal francesa que junto con las empresas Newmont (Estados Unidos) y Condesa/Buenaventura (Perú) tenía el proyecto minero Yanacocha, en Cajamarca, Perú.

BRGM vendió sus acciones a la empresa australiana Normady, la principal competidora de Newmont a nivel global. Los dos socios de BRGM en Yanacocha cuestionaron la venta, pues tenían derecho de preferencia sobre la empresa; sin

5 Véase, por ejemplo, la denuncia de los tratados de inversión en Sudamérica y sus consecuencias en Polanco (2013, p. 599).

6 El recuento de casos que se presenta a continuación constituye una parte y adaptación de lo trabajado en Saco (2016, p. 654 y ss.).

embargo, denunciaron intromisiones en el Poder Judicial peruano para otorgarles justicia por la intervención de Vladimiro Montesinos[7]. El caso fue retirado del CIADI porque las partes llegaron a un acuerdo[8].

El segundo caso ante el CIADI fue el de Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. vs. República del Perú (2005). El caso versa sobra la anulación de permisos para operar una fábrica a la cual previamente se le habían otorgado todas las autorizaciones necesarias. El tribunal se declaró incompetente para conocer sobre el fondo de la controversia (Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú S. A. vs. República del Perú, 2005, párr. 48 y ss.). El proceso de anulación promovido por Lucchetti posteriormente fue rechazado.

El tercer caso, Duke Energy International Peru Investments n.º 1 Ltd. vs. República del Perú (2008), es uno de los dos casos no ganados por el Perú a la fecha[9], tanto en el fondo como en el proceso de anulación que posteriormente el Perú planteó[10]. A pesar de ello, la defensa peruana logró que el tribunal reconociera que a Duke solo le correspondía la mitad de lo que solicitaba por daños y perjuicios[11].

Duke alegaba que se había vulnerado su convenio de estabilidad jurídica (Duke Energy International Peru Investments n.º 1 Ltd. vs. Republic of Perú, 2008, p. 2), en especial las garantías de estabilización del régimen tributario, la no discriminación, la libre remesa de capital y la buena fe y doctrina peruana sobre los actos propios, además del incumplimiento de los estándares mínimos conforme al derecho internacional consuetudinario [Duke Energy International Peru Investments n.º 1 Ltd. vs. Republic of Peru, 2008, p. 38 (138 y 139)].

El cuarto caso Aguaytía Energy, LLC vs. República del Perú (2008) hace referencia a la empresa Aguaytía, sucursal de una empresa estadounidense propietaria de las empresas Eteselva S.R.L. y Termoselva S.R.L., ambas creadas para la explotación del proyecto gasífero Aguaytía. La demanda por supuesta discriminación y violación del acuerdo de estabilidad jurídica no prosperó, pues el Tribunal consideró que eran los tribunales peruanos los que debían resolver el asunto y no el CIADI (Aguaytía Energy, LLC vs. República del Perú, 2008, párr. 96), por lo que se denegó la admisión de la demanda.

El quinto caso y el segundo en no ser ganado por el Perú fue el de Tza Yap Shum vs. República del Perú, conforme se estableció en el laudo del 7 de julio de 2011. Posteriormente, el Perú solicitó la anulación del laudo, lo que fue desestimado el 12 de febrero del 2015.

El demandante, el señor Tza Yap Shum, era propietario del 90% de las acciones de TSG Perú S.A.C., empresa exportadora de harina de pescado. Su negocio

---

7 Al respecto, véase The Wall Street Journal (26 de enero del 2001); Yanacocha ownership issue resurfaces. (November 6, 1998); Perlez y Bergman (14 de junio del 2010). Igualmente, Maugein vs. Newmont Mining Corp. (2004).

8 PBS Front Line World. (2005). *Peru - The Curse of Inca Gold October*. Recuperado de http://www.pbs.org/frontlineworld/stories/peru404/thestory.html

9 Este texto terminó de redactarse el 28 de febrero del 2015.

10 No obstante, las decisiones sobre la competencia y el fondo pueden encontrarse en el siguiente enlace: www.italaw.com

11 Se le otorgaron USD 18 440 746.

consistía en comprar pescado y contratar empresas para que lo transforme en harina, la cual TSG después exportaba. El demandante alegó que su inversión en la compañía peruana TSG Perú S.A.C. había sido expropiada indirectamente[12], lo que vulneraba el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Tza Yap Shum vs. República del Perú, 2011, párr. 1). Igualmente, se alegó la violación de las obligaciones de tratar de manera justa y equitativa al inversionista, protegerlo, compensarlo en caso de medidas expropiatorias y de permitirle la transferencia de su capital y utilidades a su país de origen (Tza Yap Shum vs. República del Perú, 2011, párr. 60). Todo ello, por medidas cautelares de la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) del Perú[13], cuya aplicación fue considerada desproporcionada.

En el sexto caso, Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. República del Perú (2013), las demandantes alegaron que el Perú había vulnerado sus obligaciones comprendidas en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Argentina y el Perú al declarar la caducidad del contrato de concesión para el diseño, construcción administración, explotación y mantenimiento de una vía rápida hacia el aeropuerto del Callao, principal terminal aéreo del Perú. La autopista solo se construyó hasta cierto punto y las empresas demandantes cobraron peaje a los usuarios por un tiempo por recorrer ese trayecto.

Las demandantes consideraban que la caducidad se debió a motivos políticos y arbitrarios (Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. República del Perú, 2013, párr. 20 y ss.). Por su parte, el Perú demostró que la empresa no había cumplido con los requisitos para hacerse de la concesión por no cumplir varios procedimientos (Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. República del Perú, 2013, párr. 249 y ss.). En el laudo del 21 de mayo del 2013 se declararon sin fundamento todas y cada una de las alegadas violaciones al tratado y se ordenó a las demandantes asumir las costas del proceso. Asimismo, las demandantes reclamaban USD 104,4 millones como reparación por todos los daños causados (Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. República del Perú, 2013, párr. 242).

El séptimo caso, Renée Rose Levy de Levi vs. República del Perú (2014), registrado el 20 de julio del 2010, analiza la violación del Convenio entre la República del Perú y la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La demandante era accionista del Banco Nuevo Mundo y alegaba que el Perú sometió a este banco a un proceso de intervención y liquidación, lo que afectó sus derechos protegidos por el convenio antes mencionado (Renée Rose Levy de Levi vs. República del Perú, 2014, párr. 2).

12 La expropiación indirecta hace referencias a medidas estatales que tienen en la práctica el mismo efecto que una expropiación directa o privación del derecho de propiedad fáctico sobre un bien o derecho. Para una diferencia entre estos tipos de expropiaciones se puede revisar: (Newcombe y Paradell, 2009, pp. 340-348; Dolzer and Schreuer, 2008, pp. 92-96).

13 Sobre el caso, pueden encontrarse críticas en Tovar (2010), Urioste (2011) y Wei (2014).

El Tribunal declaró que el Perú no violó dicho convenio y denegó el pago de gasto moral para ambas partes; no obstante, ordenó a la demandante pagar los costos del proceso arbitral (costos del CIADI y honorarios y gastos de los árbitros). Cada parte asumiría sus costos y gastos[14]. Posteriormente, la demandante inició un proceso de anulación del laudo, pero luego pidió descontinuar el caso, lo que el Tribunal realizó el 24 de setiembre del 2014.

El octavo caso, Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. vs. República del Perú (2013) está relacionado con dos más: Isolux Corsán Concesiones S.A. vs. República del Perú (2014) y República del Perú vs. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. (2013). Además, este constituye el primer caso conocido en Latinoamérica en el que un Estado demanda ante el CIADI a un inversionista por incumplimiento contractual.

Caravelí tiene entre sus accionistas a Elecnor S.A. e Isolux Corsán Concesiones S.A., sociedades constituidas bajo las leyes del Reino de España. Esta empresa contaba con dos concesiones para la transmisión de energía eléctrica y solicitaba al Perú el cambio del contrato de concesión, para incrementar las tarifas de transmisión, debido a ciertas dificultades que surgieron durante la obtención del financiamiento de su proyecto. Además, retrasó la construcción de las líneas de transmisión de electricidad a las que se había comprometido (Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. vs. República del Perú, 2013, párr. 2, pp. 69, 78 y 85).

Caravelí demandaba que el Tribunal declare que sus obligaciones se habían tornado excesivamente onerosas y que las partes negocien de buena fe una modificación del contrato o, alternativamente, que se declare la resolución del contrato por excesiva onerosidad. Solicitaba, a su vez, que el Perú le pague USD 19,8 millones. Asimismo, en cualquier supuesto, Caravelí demandaba el pago de USD 6,5 millones más intereses por daños y perjuicios (Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. vs. República del Perú, 2013, párr. 104).

El Tribunal, en su laudo del 15 de abril del 2013, rechazó todas las pretensiones de la empresa demandante, por lo que esta tuvo que asumir las costas y gastos incurridos por el Perú directamente relacionados con su defensa, así como los gastos y honorarios del Tribunal (Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. vs. República del Perú, 2013, párr. 184).

Posteriormente, en los casos Isolux Corsán Concesiones S.A. vs. República del Perú y República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. (en el que el Perú le reclamaba a la empresa por el incumplimiento de los contratos de concesión, registrado el 19 de setiembre de 2013), las partes llegaron a un acuerdo en el que se cerraban los tres arbitrajes ante el CIADI la igual que los dos contratos de concesión, recibiendo el Perú pagos por USD 40 millones de acuerdo a un cronograma (Isolux Corsán Concesiones S.A. vs. República del Perú, 2014).

14 Uno de los árbitros adjunto una opinión disidente al laudo, en la que se considera «apropiado emitir un Laudo de Responsabilidad sancionando a la República del Perú conforme a los hallazgos efectuados en el proceso» Renée Rose Levy de Levi vs. República del Perú (2014). Opinión disidente del árbitro Joaquín Morales Godoy, párr. 195. El árbitro disidente fue nombrado por la demandante.

El undécimo caso de este recuento involucra, nuevamente, a la señora Renée Levy, titulado Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. vs. República del Perú (2011). La controversia se refiere a tres terrenos adquiridos en 1995 a la Municipalidad de Chorrillos. Estas tierras habían sido declaradas como intangibles y monumentos en 1976 y 1986, respectivamente, puesto que formaban parte del Morro Solar (Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú, 2015, párr. 7-10).

El Tribunal consideró que no podía ejercer su jurisdicción sobre la diferencia, a raíz de que la señora Levy no demostró tener una inversión antes de que se suscite la controversia (Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú, 2015, párr. 150-161) (el Perú alegó que la señora Levy solo adquirió las empresas con miras a utilizar su nacionalidad para acceder al CIADI). El Tribunal consideró que la inversión constituía un abuso del proceso, ya que, en su opinión, «el único motivo para la súbita transferencia de la mayoría de las acciones de Gremcitel a la señora Levy fue su nacionalidad», que permitía acceso al CIADI (Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú, 2015, párr. 191). Las demandantes tuvieron que asumir los costos del arbitraje y pagarle al Perú USD 1,5 millones por honorarios legales y otros gastos que se incurrió durante el arbitraje (Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República of Perú, 2015, párr. 202).

Posteriormente a estos casos referidos en la investigación mencionada, dos casos fueron resueltos por tribunales del CIADI, ambos también a favor del Perú: Pluspetrol Perú Corporation y otros c. Perupetro S.A. (2015) y The Renco Group, Inc. vs. Republic of Peru (2016). El primer caso está basado en un supuesto incumplimiento contractual respecto al monto y pago de las regalías por parte de la empresa respecto a la explotación de gas natural. El Tribunal constató que la demandante no calculó correctamente la regalía pactada en el contrato (Pluspetrol Perú Corporation y otros vs. Perupetro S.A., 2015, párr. 217), por lo que el Perú ganó el caso. En el segundo, el Tribunal consideró que no tenía competencia para emitir una decisión, ya que The Renco Group no había cumplido con un requisito formal (The Renco Group, Inc. vs. República del Perú, 2016, párr. 9).

Con esta recopilación, se demuestra que no es cierto que siempre los Estados pierdan frente a los inversionistas en los arbitrajes del CIADI. Igualmente, el argumento de que estos tribunales arbitrales perjudican a los Estados en desarrollo puede ser contraargumentado con el caso del Perú, que ha ganado 11 de los 13 arbitrajes en los que ha participado.

4. Responsabilidad Estatal y afectación a derechos de las personas

En las secciones anteriores, se ha demostrado que tanto la posibilidad de ser demandado como aquella para que se ventilen internacionalmente asuntos relativos al agua depende principalmente del Estado que ha ratificado acuerdos de inversión con disposiciones arbitrales y no ha excluido los derechos relacionados al agua de ellos. Esto no es perjudicial *per se*, la inversión extranjera es necesaria (Franck, 2007, pp. 7-8) bajo un sistema en el que tanto el Estado como los inversionistas ganen.

El Estado tiene la responsabilidad de velar porque las concesiones que se hagan a empresas internacionales cumplan con las normas internas, que no estén vinculadas a procesos de adjudicación corruptos, que se hayan consultado a las poblaciones afectadas, que se respeten otros derechos de los y las pobladores del Perú, entre otros supuestos. Este estudio debe llevarse a cabo, pues el Perú tiene obligaciones internacionales en cuanto a derechos humanos, entre ellos, el derecho humano al agua, así como obligaciones en materia de medio ambiente.

La vulneración de derechos humanos no podrá ser justificada sobre la base del cumplimiento de tratados de inversiones, por lo menos no ante la Corte IDH (Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006, párr. 140 y 141). Similar respuesta podría darse frente a la vulneración de un acuerdo que tenga disposiciones obligatorias respecto a la protección del agua como parte del medio ambiente.

Lo anterior plantea como posible solución una política de prevención a nivel del Estado para que, antes de concederse algún derecho sobre el agua que pueda afectar otras obligaciones, en especial respecto a los derechos humanos de acceso al agua, estas obligaciones pasen por un examen riguroso de no afectación del derecho humano al agua.

5. Conclusiones

Los Estados se han comprometido internacionalmente a cumplir con diversas obligaciones, entre las cuales figura el compromiso a que las personas bajo su jurisdicción vean respetado su derecho humano al agua de la manera más completa posible. De igual manera, los Estados se han comprometido a respetar los derechos de los inversionistas extranjeros en su territorio en lo concerniente a sus inversiones relacionadas al agua.

El ISDS no está predeterminado a afectar a los Estados, se encuentren estos en desarrollo o no. Los Estados pueden ganar los casos, aunque generalmente los pierden por no haber realizado un trabajo previo para evitar afectar otros derechos, en especial el de las personas que podrían ser afectadas por las inversiones.

Sobre la base de lo anterior, la mejor forma de aprovechar las ventajas de la inversión extranjera, incluso cuando estas invierten en agua, es tener políticas de planeamiento de otorgamiento de concesiones o derechos a los inversionistas que tomen en cuenta a las poblaciones afectadas y sus derechos. De igual manera, deben contar con políticas y acciones de monitoreo a los inversionistas para no afectar los derechos de estas poblaciones, pues la afectación a estos derechos no estaba prevista por la concesión y los inversionistas se comprometieron a cumplir la legislación interna.

REFERENCIAS

Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos. Capítulo Diez. (12 de abril de 2006). Recuperado de http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Inversion_limpio.pdf

Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos. Anexo I. (12 de abril de 2007). Recuperado de http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Anexo_I_Peru_limpio.pdf

Aguaytía Energy, LLC vs. República del Perú, n.º ARB/06/13 (CIADI, 2008). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Aguaytia.pdf

Álvarez, J. (2011). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Boston/Leiden: Brill/Nijhoff.

Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. vs. República del Perú, n.º ARB/11/9 (CIADI, 2013). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Caraveli.pdf

Compagnie Minière Internationale Or S.A. vs. República del Perú, n.º ARB/98/6 (CIADI, 2001).

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 146 (Corte IDH, Sentencia de 29 de marzo de 2006).

Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. (30 de enero de 1995). Recuperado de www.rree.gob.pe/promocioneconomica/invierta/Documents/Alemania.docx

Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. República del Perú, n.º ARB/10/2 (CIADI, 2013). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Convial.pdf

Dolzer, R. and Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford.

Duke Energy International Peru Investments n.º 1 Ltd. vs. República del Perú, n.º ARB/03/28 (CIADI, 2008). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Duke.pdf

Franck, S. (2007). Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration. *North Carolina Law Review*, *86*. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969257

Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. vs. República del Perú, n.º ARB/03/4 (CIADI, 2005). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Luchetti.pdf

Isolux Corsán Concesiones S.A. vs. República del Perú, n.º ARB/12/5 (CIADI, Anexo A, 2014). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Isolux.pdf

Maugein vs. Newmont Mining, Corp., 298 F. Supp. 2d 1124 (D. Colo. 2004). Recuperado de http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/298/1124/2563958/

Newcombe, A. y Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Perlez, J y Bergman, L. (14 de junio del 2010). Tangled Strands in Fight over Peru Gold Mine. *The New York Times.* Recuperado de www.pucp.edu.pe/eQIZEk

Pluspetrol Perú Corporation y otros vs. Perupetro S.A., n.º ARB/12/28 (CIADI, 2015). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Pluspetrol.pdf

Polanco, R. (2013). Denuncia de tratados de inversiones en Latinoamérica. Causas y Consecuencias. En J. Álvarez et al. (Eds.) *Estado y Futuro del derecho económico internacional en América Latina* (pp. 599 y ss). Bogotá: Universidad del Externado.

UNCTAD. (abril, 2014). *Recent Developments in Investorstate Dispute Settlement (ISDS).* IIA Issues Note. No. 1. Recuperado de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf

Renco Group, Inc. vs. La República del Perú, n.º UNCT/13/1 (CIADI, 2016). Recuperado de http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3004/DC9352_Sp.pdf

Renée Rose Levy de Levi vs. República del Perú, n.º ARB/10/17 (CIADI, 2014). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_BNM.pdf

Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú, n.º ARB/11/17 (CIADI, 2015). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Gremcitel.pdf

República del Perú vs. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C., n.º ARB/13/24 (CIADI, Anexo A, 2013). Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Resolucion_Caraveli.pdf

Saco, V. (2016). El secreto del éxito del Perú en el CIADI: destruyendo el paradigma de que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado es peligroso para los países en desarrollo. En A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco Lazo, P. Turrini (Eds.). *International Investment Law in Latin America* (pp. 654 y ss.). Leiden: Brill/Nijhoff.

Saco, V. (2017). Investment Protection and Water Usage in Extracting Mining industries. The International Law of Investment Protection and Water Usage in the Mining Industry: The Case of Peru [Tesis doctoral]. Universidad de Berna.

The Wall Street Journal. (31 de enero del 2015). Peru's Montesinos Pressured Court in Yanacocha Mine Case. Recuperado de www.pucp.edu.pe/w19cG5

Tovar, M. (2010). Comentarios a la decisión sobre jurisdicción y competencia en el caso planteado ante un tribunal CIADI contra la República del Perú por el Sr. Tza Yap Shum. *Revista Peruana de Arbitraje*, *10*, 173-194.

Urioste, R. (2011). Tza Yap Shum versus Perú: comentarios sobre un caso CIADI pendiente. *Ius Et Veritas*, *41*, 90-111.

Wei, S. (2014). Bilateral Investment Treaties and Indirect Expropriation: Tza Yap Shum vs. República del Perú. *American Journal of International Law*, *108*(2). Recuperado de http://ssrn.com/abstract=2465397

Yanacocha ownership issue resurfaces. (November 6, 1998). *Mining Journal 331*(8505). Recuperado de www.pucp.edu.pe/UfzurS

TERCERA SECCIÓN

EVOLUCIÓN Y PROPUESTAS

EL DERECHO HUMANO AL AGUA: APUNTES SOBRE AVANCES RECIENTES EN MECANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Cristina Blanco Vizarreta
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

En el presente artículo se aborda la construcción del derecho humano al agua, así como sus avances más recientes en el ámbito mundial. Luego de referirse al contenido de este derecho y al alcance de las obligaciones estatales que supone, se tratan los avances específicos dados en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con especial énfasis en pronunciamientos recientes y desafíos pendientes. Se realiza, además, un breve balance de los avances principalmente normativos en el reconocimiento del derecho al agua en los ordenamientos internos de la región.

1. Introducción

El agua es un recurso indispensable para la vida, pero es limitado y su acceso es inequitativo. De los 580 millones de habitantes de América Latina y el Caribe, el 20% no cuenta con acceso a agua potable por acueducto, mientras que 34 de cada 1000 niños muere cada año en nuestra región por enfermedades asociadas al agua (Foro Mundial de Agua, 2012, p. 23). La falta de agua y saneamiento es la segunda causa principal de morbilidad y mortalidad en niños menores de cinco años en América Latina y el Caribe, según la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2015, p. 23).

Si bien los datos son alarmantes, la nuestra no es la región menos favorecida, aunque sí presenta ciertos rasgos especialmente preocupantes. Como advirtió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe sobre *Acceso al Agua en las Américas. Una Aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano* del 2015, en nuestro continente las principales afectaciones del derecho al agua están asociadas a la apropiación del recurso hídrico para actividades extractivas. Son frecuentes los escenarios en los que se brinda mayor preferencia a los usos del agua para actividades extractivas que para el consumo humano; se da una apertura a la extracción de ecosistemas destinados a conservar o abastecer de agua, como páramos, glaciares, humedales y cuerpos lagunares, o se adoptan marcos normativos flexibles en materia ambiental. Asimismo, son numerosos los casos de contaminación por metales pesados y sustancias tóxicas (CIDH, 2015, pp. 513-517). En ese sentido, la Defensoría del Pueblo advirtió

recientemente en su informe sobre *Conflictos sociales y recursos hídricos* que: «[l]a situación de las economías de los países y de las instituciones que las rigen, en algunos casos, crean escenarios de afectaciones al ambiente y a los intereses individuales y colectivos. En nuestro país estas tensiones se expresan a través de conflictos sociales que […] tienen como eje de la acción pública al recurso hídrico» (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 9).

Una segunda característica propia —pero no exclusiva— del contexto latinoamericano es que la distribución y acceso al agua refleja relaciones preexistentes de inequidad. Entre los factores que frecuentemente dificultan o impiden el acceso al agua en Latinoamérica se encuentran la pobreza y la desigualdad, además de que la pertenencia a grupos históricamente excluidos o en condiciones de vulnerabilidad determina las posibilidades de gozar efectivamente de este derecho. Así, por ejemplo, en el Perú, según la Encuesta Nacional de Programas Estratégicos (ENAPRES) del 2013, el 93,4% de los habitantes de las zonas urbanas tiene acceso al agua potable, en tanto que el 63,2% pertenece a las zonas rurales, donde tienen mayor prevalencia los índices de pobreza (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 27).

Teniendo en cuenta este panorama, en el presente artículo se tratará brevemente la construcción del derecho humano al agua, así como sus avances más recientes en el ámbito mundial. Posteriormente, se referirá al contenido de este derecho y al alcance de las obligaciones estatales que se derivan. En un tercer momento, se mencionarán los avances específicos dados en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), con especial interés en pronunciamientos recientes y desafíos pendientes. Por último, se hará un breve balance de los avances principalmente normativos en el reconocimiento del derecho al agua en los ordenamientos internos de la región. Distintos aspectos del derecho humano al agua han sido objeto de estudio por la doctrina, por lo que el énfasis del presente texto será presentar los aspectos novedosos de los últimos años.

2. El agua como un derecho humano: breve mirada a una construcción reciente

La afirmación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) sobre la existencia de un derecho humano al agua se ha dado fundamentalmente a través de dos caminos: (i) en relación con otros derechos vía interpretación o a través de referencias implícitas, y (ii) mediante una construcción autónoma del derecho al agua, independiente de otros derechos. Si bien la primera se presenta primero en el tiempo, no se trata de una aproximación del todo superada, sino que se encuentra en ciertos espacios. Como se verá más adelante, los órganos del SIDH continúan entendiendo el derecho al agua en su relación con otros derechos recogidos en los instrumentos interamericanos ante la ausencia de un reconocimiento expreso.

Desde finales de la década de 1970, se encuentran los primeros reconocimientos implícitos en instrumentos internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 o la Cumbre de la Tierra de 1992. Son varios los instrumentos que desde entonces se han referido indirectamente al agua en espacios que se encuentran relacionados al medio ambiente, el desarrollo

y bienestar, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

La vía de interpretación de otros derechos reconocidos en tratados se ve favorecida por su clara interdependencia con otros derechos humanos. El agua es indispensable para la plena realización de, por lo menos, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda adecuada, el derecho a una alimentación adecuada, el derecho a condiciones de trabajo adecuadas, el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a la educación, entre otros (Salmón y Villanueva, 2007, p. 265). La siguiente tabla muestra los distintos ámbitos en los que se encuentran referencias indirectas al derecho al agua, y en el caso del DIDH se especifican aquellas disposiciones que han servido de puerta de entrada, puesto que recogen derechos vinculados con el acceso al agua.

Tabla 1

Ámbito	Instrumento
Medio ambiente	Declaración de Estocolmo de 1972 (principios 1 y 2) Declaración de Mar del Plata de 1977 (preámbulo) Declaración de Berlín de 1992 (principio 4) Plan de Acción Agenda 21 de 1992 (capítulo 18)
Desarrollo y bienestar	Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición del 17 de diciembre de 1974 (punto 5) Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 (artículo 8) Declaración de la Cumbre de la Tierra de 1992 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad del 14 de diciembre de 1990 (parágrafos 34 y 37) Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de 1994 (principio 2) Declaración del Milenio de setiembre de 2000 (parágrafo 19)
Derecho Internacional Humanitario	III Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (artículos 20, 26, 29 y 46) IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (artículos 85, 83 y 127) Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (artículo 54) Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (artículos 5, 14 y 17)
Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Sistema Universal	Carta de las Naciones Unidas (artículo 55) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (11 y 12) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (artículo 14 numeral 2 literal h) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 24 literal c)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Sistema Interamericano	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11)

Nota: Elaboración propia

Sin embargo, entre los últimos 15 a 20 años el consenso en torno a su afirmación autónoma creció y evolucionó hacia una concepción que entiende el acceso al agua como un derecho en sí mismo, y no uno cualquiera, sino como un derecho humano. El primer reconocimiento expreso del derecho humano al agua fue dado en 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas a través de su Observación General No. 15, en la que afirmó «el derecho de todas las personas a contar con agua suficiente, segura, de calidad aceptable y accesible tanto en precio como físicamente, para usos personales y domésticos» (Comité DESC, 2002).

A partir de ello, se ha reconocido este derecho en otros tres espacios multilaterales de alcance global: la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y el Foro Mundial del Agua. Fue en julio del 2010 que la Asamblea General de la ONU dio un paso fundamental con la aprobación de una resolución en la que declara «el derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010). Se trata de la primera resolución de alcance universal que reconoce de manera expresa y autónoma el derecho humano al agua, entendiéndolo como el agua potable limpia, esencial para la realización de todos los derechos humanos.

El órgano máximo de las Naciones Unidas se ha referido con posterioridad a este derecho en la Resolución A/RES/68/157 del 18 de diciembre del 2013, en la que afirmó que es un «componente esencial» para el pleno disfrute de la vida y «de la realización de todos los derechos humanos». Además, señaló que «el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2013).

Por su parte, en setiembre del 2010, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó una resolución en la que afirmó expresamente que el acceso al agua potable y al saneamiento son un derecho. En atención a la solicitud hecha por la Asamblea General en la referida resolución de julio del 2010, el Consejo requirió en esta ocasión la sistematización y aclaración de los contenidos de este derecho a la experta independiente sobre agua y saneamiento Catarina de Albuquerque, nombrada en setiembre del 2008. Desde entonces, se han dado otros pasos significativos por parte del Consejo de Derechos Humanos, como la resolución A/HRC/RES/18/1 de setiembre de 2011 en la que se instó a los Estados a garantizar el financiamiento suficiente para el suministro sostenible de los

servicios de agua potable y saneamiento (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2011).

Otros pronunciamientos del Consejo al respecto se han dado en setiembre del 2012, cuando se enfatizó la necesidad de que los países adopten un enfoque de derechos humanos en la gestión del agua y emitan una nueva normativa acorde con dicho enfoque (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2012); en setiembre del 2013, cuando se exhortó a los «Estados a que integren el derecho humano al agua potable y el saneamiento y los principios de igualdad y no discriminación en la agenda para el desarrollo después de 2015» (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2013); y en setiembre del 2014, cuando se puso énfasis no solo en el reconocimiento formal de este derecho, sino también en los mecanismos jurisdiccionales para su tutela (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2014). De este modo, se observa que se trata hoy en día de una preocupación constante de la instancia más relevante para los derechos humanos en el ámbito universal.

Un espacio de determinación de la política internacional sobre el agua que vale mencionar es el Foro Mundial del Agua, que se realiza con la participación de jefes de Estado y altos funcionarios públicos, el sector privado y la sociedad civil de diversa índole. Al menos desde los foros que tuvieron lugar en Kioto en el 2003, México en el 2006 y Estambul en el 2009 se produjeron intentos fallidos por lograr el reconocimiento expreso del agua como un derecho (Mora y Dubois, 2015, p. 4). Durante el IV Foro Mundial del Agua, celebrado en México en el 2006, únicamente se logró que cuatro países firmaran una declaración alternativa con tal reconocimiento, lo cual hizo que la conferencia fuera considerada un fracaso y promovió campañas y movilizaciones por ONG y algunos gobiernos como Bolivia y España. Como resultado, en el V Foro Mundial del Agua, celebrado en Estambul en marzo del 2009, se logró que 25 países firmaran una declaración alterna a la oficial, en la cual reconocían el acceso al agua y al saneamiento como derechos humanos fundamentales. Fue, finalmente, en el 2012, durante el VI Foro Mundial del Agua en Marsella, en el que la Declaración Ministerial reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento en los siguientes términos:

> 3. Reiterando nuestro compromiso de alcanzar los objetivos del milenio para el desarrollo y tras la adopción de las resoluciones de Naciones Unidas (A/RES/64/292, A/HRC/RES/15/9, A/HRC/RES/16/2 y A/HRC/RES/18/1) relativas al reconocimiento del derecho humano al agua potable y al saneamiento, nos comprometemos a acelerar la implementación de las obligaciones en materia de derechos humanos para el acceso al agua potable y al saneamiento mediante cualesquiera medios que resulten adecuados, en el marco de nuestros esfuerzos para superar la crisis del agua en todos sus niveles.
>
> 4. Por lo tanto, estamos determinados a garantizar el acceso de todos al agua potable y al saneamiento en los niveles exigidos de disponibilidad, calidad, aceptabilidad, accesibilidad y coste, haciendo hincapié en los más vulnerables y teniendo en cuenta el criterio de no discriminación y la igualdad de género.

> Con vistas a mejorar la situación de los miles de millones de personas sin acceso al agua potable y a un saneamiento correcto, pretendemos orientar nuestros esfuerzos hacia la planificación y la coordinación a nivel local y nacional, de mecanismos adecuados de financiación y de inversión, y de marcos sólidos de regulación, de seguimiento y de rendición de cuentas, implicando a todos los partícipes. (Foro Mundial del Agua, 2012)

Aunque no es jurídicamente vinculante, se trata de un poderoso instrumento que puede determinar la política internacional en torno a los recursos hídricos (Mora y Dubois, 2015, p. 10). De este modo, si bien a la fecha no existe un tratado vinculante de alcance universal que afirme la existencia de un derecho al agua, sí existen numerosos instrumentos internacionales, no vinculantes, y pronunciamientos que expresan un amplio consenso al respecto. Asimismo, se observa que los instrumentos internacionales de derechos humanos que identifican de manera explícita el derecho al agua como un derecho humano suelen ser instrumentos de carácter no vinculante; por el contrario, aquellos que poseen carácter vinculante se refieren a él de manera implícita o indirecta.

Así, en materia de política internacional cabe hacer mención el importante aporte de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, adoptada en setiembre del 2015, que plantea entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible el de «garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos» (Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 2015). Específicamente, se establecen como metas para el 2030 alcanzar el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos; lograr el acceso equitativo a servicios de saneamiento e higiene adecuados para todos; mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación, eliminación del vertimiento y reducción al mínimo de la descarga de materiales y productos químicos peligrosos; entre otros (Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 2015). De este modo, frente a los avances alcanzados con los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se ha coincidido en unos objetivos más ambiciosos y que expresan el amplio consenso a nivel político global con relación a la importancia en el acceso al agua de calidad para hacer frente a la pobreza y lograr el desarrollo sostenible.

3. Contenido y alcance del derecho al agua

La citada Observación General n.º 15 del Comité DESC contiene la definición más aceptada del derecho al agua, según la cual este comporta «el derecho de todas las personas a contar con agua suficiente, segura, de calidad aceptable y accesible tanto en precio como físicamente, para usos personales y domésticos» (Comité DESC, 2002). Los elementos esenciales de este derecho implican su (i) disponibilidad, es decir, el abastecimiento del agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Ello supone contar con agua para beber, para el saneamiento, lavado de ropas, preparación de alimentos e higiene personal. Debe darse, además, en (ii) cantidad suficiente. La Observación General n.º 15 no señala una cifra para cada persona, sino que se remite a directrices de la

Organización Mundial de la Salud (OMS), según las cuales la cantidad mínima de agua que los Estados deberían garantizar a toda persona son veinte litros diarios para consumo de agua y cincuenta litros diarios si se incluye el saneamiento (Howard y Bartram, 2003). En cuanto a la (iii) calidad, el agua debe ser salubre (no debe contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas) y ha de tener color, olor y sabor aceptables para el uso personal o doméstico (Comité DESC, 2002).

Asimismo, se requiere que el agua sea (iv) accesible tanto física como económicamente. La accesibilidad física implica que debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas, sin que se ponga en riesgo la seguridad física de las personas; mientras que la económica se refiere a que los costos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles para todos. La no discriminación es también un elemento consustancial e implica que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos por igual, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Por último, el acceso debe ser informado, lo que supone el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

A partir de otros alcances desarrollados con posterioridad por las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General, se entiende que este derecho implica también el (i) desarrollo de marcos legales y de política adecuados que comprende la legislación, los planes y las estrategias integrales para la realización de las obligaciones de derechos humanos referentes al acceso al agua potable y al saneamiento (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2010, p. 8). Se debe, además, regir por normas de transparencia y rendición de cuentas, lo que supone que «los Estados deben asegurarse de que los proveedores de servicios no estatales elaboren mecanismos eficaces de reclamación para los usuarios y se abstengan de obstaculizar el acceso a los mecanismos de rendición de cuentas de base estatal» (Consejo de Derechos Humanos, 2010; Consejo de Derechos Humanos, 2012). Asimismo, las resoluciones recientes del Consejo de Derechos Humanos refieren una relación entre el derecho al agua y el deber de contar con estrategias que permitan alcanzar una gestión integrada y sostenible del recurso (Mora y Dubois, 2015, p. 29).

Quizá la consecuencia más relevante de afirmar la existencia de un derecho es que supone la afirmación de obligaciones estatales plenamente exigibles. Son tres las obligaciones generales básicas de los Estados derivadas del reconocimiento del derecho al agua. La primera se refiere a la obligación de respetar, entendida como el deber de abstenerse por parte del Estado de: (i) toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, (ii) inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua y (iii) reducir o contaminar ilícitamente el agua y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva. De otro lado, la obligación de proteger supone evitar que

terceros menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua, adoptando medidas legislativas o de otra índole para tal fin. La tercera obligación se refiere a cumplir o realizar el derecho, lo que implica a su vez las obligaciones de facilitar (adoptar medidas positivas que permitan a las personas ejercer el derecho), promover (adoptar medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso y protección del agua) y garantizar (hacer efectivo el derecho al agua de quienes no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercerlo) (Comité DESC, 2002; OACNUDH, ONU Hábitat y OMS, 2011, p. 30).

4. El derecho al agua en el Sistema interamericano. Avances recientes y desafíos pendientes

La situación del ámbito universal se refleja en el espacio regional: en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) no se ha dado un reconocimiento expreso en un instrumento jurídico vinculante del derecho humano al agua, pero (i) se encuentran referencias implícitas en instrumentos y (ii) resoluciones recientes de la Asamblea General de la Organización hacen referencia expresa a este derecho.

En cuanto a lo primero, la Carta de la OEA contiene disposiciones relevantes, como el artículo 3 que consagra los principios de la Organización entre los que se encuentra que «[l]a eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos» (OEA, s. f.). El artículo 34, por su parte, hace referencia más específica a metas básicas que deben alcanzarse con tal fin, tales como la nutrición adecuada y condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna, elementos estrechamente vinculados al contenido del derecho al agua y saneamiento.

Otros instrumentos relevantes se han dado en las Cumbres de las Américas, como la realizada en 1998 cuando se aprobó el *Plan de Acción de Santiago*. En este, reconocieron que la «extrema pobreza y la discriminación continúan afligiendo las vidas de muchas de nuestras familias e impidiendo su potencial contribución al progreso de nuestras naciones» (OEA, 1998). Pero la referencia más explícita se encuentra en la Carta Social de las Américas de setiembre del 2012, en cuyo artículo 20 «[…] reconocen que el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental y que el acceso no discriminatorio de la población al agua potable y a los servicios de saneamiento, en el marco de las legislaciones y políticas nacionales, contribuye al objetivo de combatir la pobreza» (OEA, 2012).

Con relación a lo segundo, la Asamblea General ha adoptado a la fecha dos resoluciones relativas expresamente al agua, pero es recién en la segunda en la que afirmó propiamente la existencia de un derecho, reflejando así el consenso ganado a nivel universal. En efecto, en junio del 2007 fue aprobada la Resolución AG/RES.2349 (XXXVII-O/07) sobre «El agua, la salud, y los derechos humanos» en la cual, entre otros aspectos, se hizo referencia a la relación entre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos y el acceso al agua (OEA, Asamblea General, Resolución AG/

RES.2349 (XXXVII-O/07)). En junio del 2012, la Asamblea General aprobó la Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) sobre «El derecho humano al agua potable y al saneamiento» en la que no deja lugar a dudas sobre el reconocimiento expreso de este derecho en el hemisferio, alineándose así al consenso ya manifestado en el seno de las Naciones Unidas un par de años antes (OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12)).

Ahora bien, un ámbito fundamental de protección de derechos se encuentra en el quehacer de los órganos que componen el sistema interamericano de derechos humanos, encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados del continente en materia de derechos humanos. Dado que, como se ha visto, ningún instrumento jurídicamente vinculante del sistema recoge el derecho humano al agua, ni mucho menos otorga competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conocer su afectación, tales órganos han acudido a la fórmula de la interpretación de derechos sí reconocidos para tutelar indirectamente determinados aspectos del derecho al agua.

Ello en tanto, como ha señalado la CIDH, «[…]el conjunto de sus instrumentos establecen una serie de derechos que guardan estrecha vinculación con el acceso al agua y sus distintas dimensiones, como lo referente a las condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua sin discriminación alguna» (CIDH, 2015, p. 26). Son al menos cuatro los caminos en los que el SIDH ha dado cabida al derecho al agua, a través del (i) concepto de vida digna; (ii) del derecho a la propiedad colectiva de pueblos y comunidades indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales; (iii) del derecho a la integridad personal, especialmente de las personas privadas de libertad; y (iv) del derecho a la salud y el medio ambiente sano.

4.1. Relación con el derecho a la vida bajo el concepto de vida digna.

El acceso al agua potable y salubre ha sido entendido por los órganos del SIDH como un requisito indispensable para el pleno disfrute del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana). En efecto, la CIDH y la Corte han desarrollado una doble perspectiva del derecho a la vida: una negativa, que la entiende como la prohibición de ser privado de la vida arbitrariamente, y una positiva, que apunta al derecho a que se garanticen condiciones necesarias para una existencia digna.

Esta última aproximación es aquella relevante para el derecho al agua y fue abordada por primera vez por la Corte Interamericana en el caso Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala, relativo a la detención y posterior asesinato de niños en situación de calle por parte de agentes policiales. En dicho asunto, la Corte estableció que «el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna» (Corte IDH, 1999, párr. 144).

Tal interpretación fue desarrollada por la Corte en tres casos relativos a comunidades indígenas del pueblo Enxet en Paraguay: comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek. En el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay, por ejemplo, la Corte dio por probada la falta de acceso al agua potable para el aseo de los miembros de la comunidad. Se demostró, además, que el agua provenía de pozos ubicados en tierras reclamadas por la comunidad que eran usados por animales y que se dieron periodos de sequía en los que la falta de agua limpia de la comunidad era alarmante. Ello llevó a la Corte a afirmar que los miembros de la comunidad carecieron de acceso al agua en cantidad suficiente y apta para el consumo humano, lo que constituyó la violación del artículo 4 de la Convención Americana por parte del Estado paraguayo (Corte IDH, 2006).

En el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra el mismo país, la Corte valoró la falta de acceso al agua apta para el consumo humano, sumada a la falta de acceso a alimentos, salud y educación, como elementos que determinaron el incumplimiento de la obligación de garantizar condiciones básicas de vida digna con base en el artículo 4 de la CADH. Asimismo, la Corte IDH estableció que el agua suministrada por el Estado no era mayor a 2,17 litros por persona al día, versus los 7,5 litros que requiere una persona al día para su alimentación e higiene (Corte IDH, 2010, párrs. 194-217), lo cual llevó a determinar la responsabilidad del Estado paraguayo por la violación al artículo 4 de la Convención.

Si bien se trata de una línea jurisprudencial amplia y positiva, lo cierto es que no ha sido utilizada por la Corte en fallos posteriores. No obstante ello, la CIDH sí ha retomado esta aproximación en pronunciamientos recientes, como en su Informe sobre *Acceso al Agua en las Américas* del 2015. En tal ocasión, consideró que a partir de tales sentencias, puede entenderse que implica tres deberes de los Estados de adoptar medidas para (i) garantizar la satisfacción de un nivel esencial de acceso al agua en cantidad y calidad suficiente y sin discriminación; (ii) abstenerse de prácticas que impidan o restrinjan el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; y (iii) impedir que terceros menoscaben el acceso al agua adoptando medidas para prevenir que impidan el acceso o la contaminen (CIDH, 2015, p. 490).

4.2. Relación con el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. El sistema interamericano es aquel con mayor desarrollo en materia de derechos de pueblos indígenas y, específicamente, en jurisprudencia relativa a su derecho a la propiedad colectiva. Puede decirse que la jurisprudencia del SIDH al respecto parte de tres premisas fundamentales: (i) el derecho a la propiedad se extiende más allá de la clásica forma individualista de entender la propiedad y permite proteger la concepción colectiva sobre la tierra y el territorio tradicional existente entre los pueblos indígenas y tribales (Corte IDH, 2001, párr. 148); (ii) estos pueblos poseen una relación especial con la tierra y el territorio ancestral en tanto cumple un rol fundamental para su supervivencia física y cultural como pueblos (Corte IDH, 2001, párr. 149); y (iii) el derecho a la propiedad protege no solo la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, sino

también como con los recursos naturales que se encuentran en ellas y que han utilizado tradicionalmente (Corte IDH, 2007, párr. 122).

Esta última afirmación es de la mayor trascendencia para el derecho al agua, pues se le reconoce como un recurso natural que los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a usar y disfrutar. En efecto, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte expresamente reconoce que «[e]l agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca» (Corte IDH, 2007, párr. 126).

Ello tiene consecuencias jurídicas importantes, pues deben cumplirse determinadas garantías específicas para poder restringir válidamente este derecho. Tales garantías desarrolladas en la referida sentencia consisten, en particular, en (i) el derecho a la consulta previa, libre e informada; (ii) la realización de estudios de impacto socioambiental y (iii) el otorgamiento de beneficios razonables compartidos a los pueblos y comunidades afectadas. Con posterioridad, la Corte ha emitido otras cinco sentencias que ponen de manifiesto la relevancia de estas garantías frente al derecho al agua, relativas al pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, en Ecuador (Corte IDH, 2012a); los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, en Panamá (Corte IDH, 2014); y dos referidos a comunidades del pueblo Garífuna, en Honduras (Corte IDH, 2015 y 2015a).

Además, hay varios otros casos ante la CIDH que cuentan con un informe de admisibilidad, en los que cuestiones relacionadas al agua ocupan un lugar central. Se pueden citar el caso del Pueblo Yaqui, en México (CIDH, 2015a); el de la Comunidad Quishque-Tapayrihua, en Perú (CIDH 2014); o el de la comunidad agrícola de los Huascoaltinos, en Chile (CIDH, 2009). Un asunto emblemático se dio en el marco del mecanismo de medidas cautelares de la Comisión Interamericana. Es el relativo al proyecto Mina Marlín, en Guatemala, que se alegó afectaba a 18 comunidades maya Sipakapense y Mam, en el departamento de San Marcos, producto de una mina a cielo abierto que tenía un grave impacto en las afluentes del río necesario para su subsistencia. Asimismo, se informó sobre afectaciones específicas en la salud de niños y niñas de las comunidades. La medida cautelar fue otorgada en mayo del 2010 y modificada en diciembre del 2011, y se solicitaba al Estado que adopte medidas necesarias para asegurar que los miembros de las 18 comunidades tengan acceso a agua potable apta para el consumo humano, uso doméstico y riego, y que las fuentes de agua no sean contaminadas por la minería. Los citados son solo algunos ejemplos que muestran que la protección del derecho a la propiedad colectiva, incluyendo el derecho al agua, de los pueblos y comunidades indígenas es un reclamo frecuente en nuestra región.

4.3. Relación con el derecho a la integridad personal.

Otro ámbito donde se ha desarrollado el derecho al agua es el relativo al derecho a la integridad personal. Específicamente, la CIDH se ha referido a la afectación de este derecho frente a personas privadas de libertad, quienes deben gozar de condiciones de detención compatibles con la dignidad humana. La CIDH ha afir-

mado que el derecho a la integridad, reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, implica la obligación de proveer condiciones mínimas necesarias para el acceso al agua y saneamiento de las personas privadas de libertad. El caso emblemático es el de Víctor Rosario Congo contra Ecuador, resuelto por la CIDH en 1999. El señor Congo murió por deshidratación y desnutrición estando privado de libertad, pues permaneció durante cuarenta días aislado y sin ingerir alimentos ni agua (CIDH, 1999).

Posteriormente, en su informe sobre los *Derechos de las personas privadas de libertad en las Américas* de 2011, la CIDH reafirmó que la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia personas bajo su custodia y brindó directrices específicas sobre las cantidades mínimas de agua, basándose en criterios de la Cruz Roja internacional (CIDH, 2011, p. 184). En particular, señaló que:

> […] la cantidad mínima de agua que una persona necesita para sobrevivir es de 3 a 5 litros por día. Este mínimo puede aumentar de acuerdo con el clima y la cantidad de ejercicio físico que hagan los internos. Además, el mínimo requerido por persona para cubrir todas sus necesidades es de 10 a 15 litros de agua al día, siempre que las instalaciones sanitarias estén funcionando adecuadamente; y la cantidad mínima de agua que deben poder almacenar los internos dentro de sus celdas es de 2 litros por persona por día, si éstos están encerrados por periodos de hasta 16 horas, y de 3 a 5 litros por persona por día, si lo están por más de 16 horas o si el clima es caluroso (CIDH, 2011, p. 184).

La Corte Interamericana, por su parte, en el caso Vélez Loor vs. Panamá afirmó que la inexistencia de suministro de agua es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención (Corte IDH, 2010a). En similar sentido, en el caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras señaló que todas las personas privadas de libertad deben tener acceso al agua potable para consumo y aseo personal (Corte IDH, 2012).

Destaca que, de modo reciente, la CIDH ha protegido el derecho a la vida e integridad en un asunto relacionado específicamente al acceso al agua en un contexto distinto al de la privación de la libertad. Me refiero al asunto de niños, niñas y adolescentes de las comunidades Uribía, Manaure, Rioacha y Maicao del pueblo Wayuu en La Guajira, relativo a Colombia, presentado en el marco de las medidas cautelares (CIDH, 2015b). Ciertamente, en diciembre del 2015, la Comisión decidió otorgar las medidas solicitadas para proteger la vida e integridad de los miembros de las cuatro comunidades del pueblo Wayuu que estaba en peligro por la falta de acceso al agua potable y al estado de desnutrición. Entre otros hechos, se informó que La Guajira es un departamento desértico y con un alto déficit de agua que habría aumentado significativamente en los últimos años, afectando la supervivencia de las comunidades. Según se informó a la CIDH, se habría producido la muerte de 4770 niñas y niños en los últimos ocho años por causas asociadas a la escasez de agua. En vista de ello, la Comisión solicitó al Estado colombiano, entre otros, «tomar medidas inmediatas para que las comunidades

beneficiarias puedan tener acceso a agua potable y salubre, de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de los niños, niñas y adolescentes» (CIDH, 2015b, párr. 26). Se trata, sin duda, de una decisión atinada y positiva, pero que por el momento es única en este mecanismo.

4.4. Relación con el derecho a la salud y a un medio ambiente sano.

Un último ámbito estrechamente vinculado al derecho al agua se refiere a los derechos económicos sociales y culturales (DESC). Cabe recordar que en el sistema interamericano son escasos los caminos para la exigencia de estos derechos. Se encuentra, de un lado, el artículo 26 de la Convención Americana, única disposición referida a los DESC y que contiene únicamente una obligación relativa a estos derechos: el deber de progresividad. A la fecha, no se ha dado pronunciamiento alguno de la Corte Interamericana en el que se declare la violación de esta obligación, sino que se mantienen posiciones discrepantes sobre la posibilidad de ser judicializado (Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, 2015, voto concurrente del juez Ferrer MacGregor Poisot).

De otro lado, se encuentra el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo De San Salvador (Protocolo de San Salvador) que permite en su artículo 19.6 la judicialización de casos ante el SIDH pero solo con relación al derecho a la educación y a la libertad sindical, alejados del contenido del derecho al agua. Los derechos más vinculados son, sin embargo, el derecho a la salud (artículo 10 del Protocolo) y el derecho a un medio ambiente sano (artículo 11 del Protocolo), cuya violación no puede ser conocida por la CIDH y la Corte en el sistema de peticiones y casos.

A pesar de la ausencia de pronunciamientos en este mecanismo, se encuentran pronunciamientos en el marco de informes de país y temáticos de la CIDH. Por ejemplo, en el informe de país de Venezuela del 2009 la Comisión afirmó que «un derecho estrechamente vinculado con el derecho a la salud es el derecho al agua» (CIDH, 2009a, párr. 1030). Pero sin duda el más relevante lo constituye el informe sobre el *Acceso al Agua en las Américas,* que es parte del Informe Anual de la CIDH del año 2015. Entre otros aspectos a destacar, la Comisión afirma la obligación de los Estados de garantizar el acceso al agua salubre y en cantidad suficiente como condición ineludible para la satisfacción y ejercicio de varios derechos humanos como la vida, la integridad y la salud. Asimismo, resulta novedosa la afirmación de dos obligaciones que no habían sido hasta entonces desarrolladas en el SIDH: (i) el deber de no discriminación e igualdad en el acceso al agua, el mismo que debe ser considerado al adoptar medidas para el acceso a agua apta con relación a grupos históricamente discriminados (i. e. pueblos indígenas); y (ii) el acceso a la justicia, que supone que toda persona víctima de violación a su derecho al agua cuente con recursos judiciales y efectivos, así como el derecho a una reparación adecuada.

Se advierte, sin embargo, que el informe parece optar por una lectura del derecho al agua que refuerza su relación con otros derechos, mas no su afirmación

autónoma. En efecto, aunque en otras secciones del texto se afirma la existencia autónoma del derecho humano al agua, la Comisión concluye que «[…] existe la obligación de los Estados de garantizar el acceso al agua salubre y en cantidad suficiente como una condición ineludible para la satisfacción de otros derechos humanos […]» y «reafirma la intrínseca dependencia del respeto y garantía de dichos derechos con el acceso al agua en calidad y cantidad suficiente en el sistema interamericano» (CIDH, 2015, p. 527). Hubiera sido deseable que la CIDH reforzara en este informe la afirmación de un derecho independiente al agua y desarrollara a mayor profundidad, siguiendo los avances dados en otros ámbitos.

5. Breve balance de la implementación del derecho al agua en Latinoamérica

Son varios los Estados de la región que han consagrado este derecho en sus ordenamientos jurídicos e instrumentos de política pública. Países como Ecuador (Constitución, artículo 12), Bolivia (Constitución, artículo 20) y Uruguay (Constitución, artículo 47) han consagrado expresamente el derecho humano al agua en sus constituciones, mientras que otros lo han incorporado en leyes u otras normas de menor rango. Sin embargo, existen todavía muchos otros países donde esto aún no se ha realizado y el panorama se caracteriza, en general, por ser poco homogéneo.

En el año 2015, como parte del proceso preparatorio regional para el VII Foro Mundial del Agua realizado en Corea, se logró formular una línea base de todos los países latinoamericanos, la primera que aborda la situación de los 18 países de la región. En este estudio, se identificaron las normas de cada ordenamiento y la forma en la que reconocen e incorporan el derecho al agua y al saneamiento, además de los distintos elementos constitutivos de este derecho. En la siguiente tabla se sistematizan los resultados de este importante esfuerzo:

Tabla 2

Tipo de normativa que reconoce por país que reconoce el derecho el derecho humano al agua

País	Constitución	Ley	Decreto o política	Jurisprudencia
México	Agua y Saneamiento			Agua y Saneamiento
Guatemala			Agua y Saneamiento	
Honduras	Agua y Saneamiento	Agua	Agua	
El Salvador			Agua y Saneamiento	
Nicaragua	Agua	Agua	Agua	
Costa Rica			Agua	Agua
Panamá			Agua y Saneamiento	

(continúa)

(continuación)

República Dominicana	Agua y Saneamiento			
Colombia	Servicios de Agua y Saneamiento			Agua
Venezuela	Servicios de Agua y Saneamiento	Agua		
Ecuador	Agua	Agua y Saneamiento		
Perú		Agua		
Bolivia	Agua y Saneamiento			
Brasil				
Uruguay	Agua y Saneamiento	Agua y Saneamiento	Agua y Saneamiento	
Paraguay		Agua		
Argentina				Agua
Chile				

Nota: Adaptado de *Implementación del derecho humano al agua en América Latina,* por Mora, J. y Dubois, V., 2015, p. 79.

De esta revisión normativa, se observa que el panorama es altamente heterogéneo y se encuentran varios países con importantes retos en este plano. Únicamente 5 de los 18 (esto es, menos del 30%) reconocen el agua y el saneamiento como un derecho humano fundamental de rango constitucional; otros dos reconocen los servicios de agua y saneamiento y dos más reconocen solo el agua (mas no el saneamiento). En cuanto al ámbito legal, un total de seis países cuentan con normas que reconocen el derecho al agua (entre los que se encuentra Perú), y tan solo dos cuentan con legislación tanto sobre el agua como sobre el saneamiento. De otro lado, siete países cuentan con algún instrumento de política pública sobre la materia, mientras que en cuatro se encuentran avances a nivel jurisprudencial. Es preocupante notar que, según esta investigación, Chile y Brasil no cuentan con reconocimiento alguno del derecho humano de acceso al agua y al saneamiento (Mora y Dubois, 2015, p. 79).

Cabe señalar que en el caso del Perú no se cuenta con un reconocimiento constitucional del derecho al agua, aunque han tenido lugar algunas iniciativas hasta ahora infructuosas[1]. Es a nivel normativo donde se han dado avances importantes

1 Son varias las iniciativas legislativas que han propuesto incorporar en la Constitución el acceso al agua como derecho fundamental. Por referirnos a la composición parlamentaria actual, en octubre de 2016, los congresistas María Cristina Melgarejo y Kenji Fujimori del partido Fuerza Popular presentaron una iniciativa de esta naturaleza, asignada a la Comisión de Constitución. Tras recoger propuestas de otros cuatro proyectos de ley similares, se emitió un dictamen favorable, por lo que pasó a su debate en el pleno. El 1 de diciembre del 2016, se aprobó en primera votación y por unanimidad, pero se requiere su aprobación en segunda votación. La iniciativa propone

con la aprobación, en marzo del 2009, de la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338) que reconoce este derecho y dispone varios principios para su tratamiento. Así, establece en el artículo III del título preliminar el «principio de prioridad en el acceso al agua» que consiste en que «[e]l acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana es prioritario por ser un derecho fundamental sobre cualquier uso, inclusive en épocas de escasez». La norma establece, además, la obligación del Estado de garantizar a todas las personas el derecho de acceso a los servicios de agua potable, «en cantidad y en condiciones de seguridad y calidad para satisfacer necesidades personales y domésticas» (Ley 29338, artículo 40). La Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento (Ley 30045) establece también como principio el acceso universal a los servicios sostenibles y de calidad.

A nivel político, en el 2012 el Foro del Acuerdo Nacional aprobó la Trigésimo Tercera Política de Estado sobre los Recursos Hídricos (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 21), en la que se reconoció el derecho fundamental de la persona humana al acceso al agua potable en los siguientes términos.

> Nos comprometemos a cuidar el agua como patrimonio de la Nación y como derecho fundamental de la persona humana el acceso al agua potable, imprescindible para la vida y el desarrollo humano de las actuales y futuras generaciones. Se debe usar el agua en armonía con el bien común, como un recurso natural renovable y vulnerable, e integrando valores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales. Ninguna persona o entidad pública ni privada puede atribuirse la propiedad del agua; el Estado establece los derechos y condiciones de su uso y promueve la inversión pública y privada para su gestión eficiente. De igual manera, velaremos por la articulación de las políticas en materia de agua con las políticas territoriales, de conservación y de aprovechamiento eficiente de los recursos naturales a escala nacional, regional, local y de cuencas. Asimismo, promoveremos la construcción de una cultura del agua basada en los principios y objetivos aquí contenidos, que eleve la conciencia ciudadana en torno a la problemática del cambio climático y haga más eficaz y eficiente la gestión del Estado. Contribuiremos también a establecer sistemas de gobernabilidad del agua que permitan la participación informada, efectiva y articulada de los actores que intervienen sobre los recursos hídricos […]. (Autoridad Nacional del Agua, 2009, p. 33)

El ámbito de reconocimiento formal no es el único que presenta retos importantes, sino que también los hay (y quizás mayores) en cuanto a la realización efectiva de todos los componentes de este derecho. Debe reconocerse como un avance significativo el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio en

---

incorporar un artículo 7-A en la Constitución que establezca lo siguiente: «El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona de acceder al agua potable. Garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos». Fernando Olaya Orbegozo. (24 de diciembre del 2016). "Debate: ¿debe ser el acceso al agua un derecho constitucional?" *El Comercio*. Recuperado de http://elcomercio.pe/sociedad/peru/debate-acceso-al-agua-derecho-constitucional-noticia-1955898.

cuanto a la cobertura de agua potable en la región. Esto, sin embargo, no significa que se estén cumpliendo otros elementos consustanciales del derecho. Es posible identificar retos importantes en aspectos como «[…] la participación ciudadana en la gestión directa del recurso y en la toma de decisiones, la no discriminación, la asequibilidad, entre otros» (Mora y Dubois, 2015, p. 8). Igualmente, desde un enfoque de derechos humanos en la gestión del agua y saneamiento, se requiere el establecimiento de recursos judiciales y extrajudiciales que permitan a las comunidades, usuarios y Estados hacer valer este derecho; no obstante, los países de la región suelen carecer de procedimientos específicos para ello (Mora y Dubois, 2015, p. 80)

En el Perú, por ejemplo, hay una cobertura del 85% en servicios de agua y del 72% en servicios de saneamiento. Sin embargo, es el tercer país de América Latina con mayor desigualdad entre la población urbana (91% con acceso al agua y 81% con acceso al saneamiento) y la población rural (66% con acceso al agua y 38% con acceso al saneamiento), generando diferencias de 23% y 43%, respectivamente (Mora y Dubois, 2015, p. 62). Según la Autoridad Nacional del Agua (ANA), solo el 1,8% del volumen anual promedio de agua se encuentra en la vertiente del Pacífico, donde se concentra el 65% de la población (ANA, 2009, p. 1).

Además de la reducida e inequitativa disponibilidad, la Defensoría del Pueblo ha advertido sobre las dificultades en cuanto a la calidad del agua relacionadas a «graves afectaciones debido a diversas fuentes contaminantes». Al respecto, ha advertido que «[p]asivos ambientales remanentes de la antigua actividad minera, pendientes de remediación, un inadecuado manejo de residuos sólidos que terminan en los cuerpos de agua o sus áreas adyacentes, el uso de agroquímicos y pesticidas en la agricultura y el insuficiente tratamiento de aguas residuales domésticas contribuyen también a explicar esta problemática» (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 25).

Asimismo, de acuerdo a dicha entidad, entre enero del 2011 y diciembre del 2014 se registraron 153 (28,36%) conflictos socioambientales vinculados a los recursos hídricos (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 35). La causa principal de tales conflictos sociales es el temor o supuesta afectación a la calidad del recurso (67%, esto es, 103 casos), seguida del atributo oportunidad y cantidad (19%, correspondiente a 29 casos) (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 62).

6. Comentario final

Hoy en día, no cabe duda de que el agua es un derecho humano. Se trata de una construcción reciente y que ha ido gestándose —con idas y venidas— en los últimos veinte años. El consenso no ha sido suficiente, sin embargo, para alcanzar un instrumento internacional de carácter vinculante que reconozca de manera expresa e independiente este derecho, por lo que esta continúa siendo una tarea pendiente en el ámbito internacional si se quiere fortalecer su exigibilidad.

Esta ausencia ha determinado un escenario en que su exigibilidad viene dada, por un lado, por la interpretación creativa de los órganos internacionales de derechos humanos, como han podido hacerlo la CIDH y la Corte, aunque restringida

a determinados escenarios. Por otro lado, se encuentra determinada por la incorporación de su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos internos y, vinculado a ello, la posibilidad de acudir a mecanismos jurisdiccionales para hacerlo efectivo. En ambos caminos, se han dado avances alentadores, aunque, como se ha visto, permanecen desafíos.

En el plano de la realización efectiva, se han dado también pasos significativos en la región, como el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio relativo a la cobertura de agua potable. Pero el vaso está aún medio vacío, pues varios componentes de este derecho, además del acceso, se encuentran lejos de ser cumplidos en un continente con rasgos de profunda inequidad y priorización del extractivismo que ponen desafíos adicionales para su vigencia práctica.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas. (28 de julio del 2010). *El derecho humano al agua y el saneamiento* (A/RES/64/292). Recuperado de http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de diciembre del 2013). *El derecho humano al agua potable y el saneamiento* (A/RES/68/157). Recuperado de http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/157

Autoridad Nacional del Agua. (2009). *Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos del Perú*. Comisión Técnica Multisectorial. Lima: 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Víctor Rosario Congo. Ecuador*. Informe n.º 63/99, Caso 11.427. 13 de abril de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Comunidades Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos y sus miembros. Chile*. Informe de Admisibilidad n.º 141/09. Petición 415-07. 30 de diciembre de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009a). *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, EA/Ser.L/V/II.54. 30 diciembre 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 de diciembre de 2011.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Pobladores de Quishque-Tapayrihua. Perú*. Informe de Admisibilidad n.º 62/14. Petición 1216-03. 24 de julio de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Acceso al Agua en las Américas: Una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano. *Informe Anual 2015*. (pp. 481-528). Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.docx

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015a). *Pueblos Yaqui. México.* Informe de Admisibilidad n.º 48/15. Petición 79-06. 28 de julio de 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015b). *Niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo*

Wayúu, departamento de la Guajira, Colombia. Resolución 60/2015. Medida cautelar 51/15.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29º período de sesiones*. (HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15

Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 305 (Corte IDH, sentencia de 8 de octubre de 2015).

Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 304 (Corte IDH, sentencia de 08 de octubre de 2015).

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C n.º 142 (Corte IDH, sentencia de 6 de febrero de 2006).

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 79 (Corte IDH, sentencia de 31 de agosto de 2001).

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 146, (Corte IDH, sentencia de 29 de marzo de 2006).

Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 172 (Corte IDH, sentencia de 24 de agosto de 2010).

Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo. (2015). *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* (GB.325/INS/6). Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_416438.pdf

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2011). *El derecho humano al agua potable y el saneamiento* (A/HRC/RES/18/1). Recuperado de: https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/92/PDF/G1116592.pdf?OpenElement

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2012). *El derecho humano al agua potable y el saneamiento* (A/HRC/21/L.1). Recuperado de https://

documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/LTD/G12/168/69/PDF/G1216869.pdf?OpenElement

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2013). *El derecho humano al agua potable y el saneamiento* (A/HRC/RES/24/18). Recuperado de https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/179/27/PDF/G1317927.pdf?OpenElement

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2014). *El derecho humano al agua potable y el saneamiento* (A/HRC/RES/27/7). Recuperado de https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/90/PDF/G1417790.pdf?OpenElement

Defensoría del Pueblo. (2015). *Conflictos sociales y recursos hídricos.* Serie Informes de Adjuntía (Informe n.º 001-2015-DP/APCSG). Recuperado de http://www.iproga.org.pe/descarga/conflictosagua-1.pdf

Foro Mundial de Agua. (2012). *Agenda del Agua de las Américas: Metas, soluciones y rutas para mejorar la gestión de los recursos hídricos*. Recuperado de http://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-sam_files/eventos/agenda-del-agua-de-las-americas.pdf

Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 298 (Corte IDH, voto concurrente del juez Ferrer MacGregor Poisot, sentencia de 01 de setiembre de 2015)

Howard, G. y Bartram, J. (2003). *Domestic water quantity, service level and health: what should be the goal for water and health sectors*. OMS. Recuperado de http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH0302.pdf

Mora Portuguez, J. y Dubois Cisneros, V. (2015). *Implementación del derecho humano al agua en América Latina.* Corporación Andina de Fomento/ Séptimo Foro Mundial del Agua. Recuperado de https://www.caf.com/media/2630071/implementacion-derecho-humano-agua-america-sur-caf.pdf

"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Serie C n.º 63 (Corte IDH, sentencia de 19 de noviembre de 1999).

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Organización Mundial de la Salud (OMS) y ONU-HABITAT. (2011). *El derecho al agua*. Folleto informativo n.º 35. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf

Organización de los Estados Americanos. (s. f.). *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (A-41). Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

Organización de los Estados Americanos. (1998). *Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas*. Recuperado de https://www.oas.org/XXXIVGA/spanish/reference_docs/CumbreAmericasSantiago_PlanAccion.pdf

Organización de los Estados Americanos. (2012). *Carta Social de las Américas* (AG/doc.5242/12rev.2). Recuperado de https://www.oas.org/docs/publications/carta_social_de_las_americas.doc

Organización Panamericana de la Salud. (2015). *Preparar a la Región de las Américas para alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible sobre la salud.* Washington, DC: OPS. Recuperado de http://www.paho.org/hq/index.php?option=-com_docman&task=doc_view&gid=31629&Itemid=270&lang=es

Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 241 (Corte IDH, sentencia de 27 de abril de 2012).

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y reparaciones, Serie C n.º 24 (Corte IDH, sentencia de 27 de junio de 2012).

Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 284 (Corte IDH, sentencia de 14 de octubre de 2014).

Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 172 (Corte IDH, sentencia de 28 de noviembre de 2007).

Salmon, E. y Villanueva, P. (2007). Los (tímidos) aportes del derecho internacional a la construcción del derecho humano al agua. *Revista IIDH*, 45, 251-285.

Salmón, E. (julio del 2012). El derecho humano al agua y los aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 16, 245-268.

Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 218 (Corte IDH, sentencia de 23 de noviembre de 2010).

DERECHO HUMANO AL AGUA EN CHILE: LEGISLACIÓN VIGENTE, PROYECTOS DE REFORMA Y JURISPRUDENCIA

Daniela Rivera
Pontificia Universidad Católica de Chile | Chile

Este trabajo ofrece un diagnóstico del tratamiento jurídico del derecho humano al agua en Chile. Sobre la base de aspectos legales, política legislativa y criterios jurisprudenciales, el objetivo es develar el panorama de un tema cuyo análisis había estado más bien constreñido a los elevados niveles de cobertura de agua potable y saneamiento en el país (en el área urbana principalmente), dejando de lado los importantes desafíos legales, económicos y políticos que este asunto plantea.

1. Introducción

Pese a que el tema del derecho humano al agua ha generado un amplio debate y estudios a nivel latinoamericano (y mundial), Chile había permanecido un tanto al margen de dicha discusión puesto que solo se ha producido un número limitado de trabajos que abordan lo relativo a este derecho desde la óptica jurídica[1]. Probablemente en ello han influido los elevados niveles de cobertura de los servicios de agua potable y saneamiento que el país posee, lo cual, si bien constituye un notable avance en este ámbito, no necesariamente significa que las diversas aristas del derecho humano al agua estén totalmente cubiertas.

En el marco de la tramitación de las reformas que pretenden modificar el régimen legal y constitucional de las aguas en Chile, actualmente en proceso en el Parlamento, esta temática ha comenzado a adquirir protagonismo, especialmente porque varios de los cambios que se proponen se dice que tienen como objeto la protección de este derecho humano. Sin embargo, ello no ha ido acompañado de un diálogo riguroso y profundo sobre esta materia, por lo que sus implicancias para los distintos actores involucrados (Estado, prestadores sanitarios, usuarios, entre otros) no quedan del todo claras y definidas.

1 Entre algunos trabajos cabe mencionar a Manieu (2003), quien, bajo el concepto de derecho a satisfacer la sed, enuncia algunas ideas relacionadas a este tema; Obando (2010); Salas (2011); Guiloff (2013); Tapia (2014); Vergara (2015); y Recabarren (2016).

En este contexto, el presente trabajo se propone ofrecer una sistematización general o diagnóstico del derecho humano al agua en Chile que incluye distintos aspectos. Primero, presenta unas notas genéricas sobre esta noción y un breve esquema de la prestación de los servicios sanitarios en Chile, tanto a nivel urbano como rural. Luego, en la segunda parte, se identifican las disposiciones vigentes vinculadas al derecho humano al agua. Posteriormente, se hace alusión al proceso de reforma constitucional y legal de las aguas en el país que ya ha sido mencionado, precisando las figuras relativas al derecho humano al agua que pretenden introducirse. A continuación, se revisan algunos criterios que emanan de sentencias dictadas por tribunales de justicia en relación a esta cuestión. Finalmente, se esgrimen algunas conclusiones.

2. Panorama de la prestación del servicio de agua potable y saneamiento

2.1. Nociones generales sobre el derecho humano al agua.

Pese a la proliferación de análisis sobre el tema, todavía no existe total claridad y consenso sobre el contenido y la delimitación del denominado derecho humano al agua, lo que se refleja también en los desencuentros que se producen en sede jurisprudencial sobre este derecho[2]. Sin perjuicio de ello, la definición base que se utiliza con mayor frecuencia es la derivada de la Observación General n.º 15, de 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, sobre los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Allí se precisa que el derecho humano al agua «es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico». Luego, la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 28 de julio de 2010, reconoce que «el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos».

Como puede apreciarse, esta conceptualización se focaliza en un aspecto específico: agua potable y saneamiento. Desde esta perspectiva, ese es el objeto de resguardo y protección, y lo que define, a su vez, los deberes y responsabilidades de los Estados y organizaciones internacionales en este ámbito[3], pues el derecho humano al agua se formula frente a los Estados, a los cuales les corresponden obligaciones de respeto, protección y cumplimiento (Embid, 2006, pp. 24-27; 2007, p. 554)[4].

2 De lo que se pueden constatar varios ejemplos en países latinoamericanos. Ver Pinto (2015, pp. 51-60).

3 En efecto, la mencionada Resolución 64/292, de 2010, precisa lo siguiente: «[…] Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento».

4 En esa misma línea, ver Menéndez (2012, pp. 194-195); Martín y Justo (2015, p. 30). Sobre sistematización de las responsabilidades de los Estados, revisar Salinas (2006, pp. 114-133); Obando (2010, pp. 450-452); Salas (2011, pp. 51-53); Guiloff (2013, pp. 277-281); Martín y Justo (2015, pp. 27-28); Pinto (2015, pp. 47-51); y Recabarren (2016, pp. 324-325).

2.1.1. Contenido limitado y exclusión de una necesaria gratuidad de la provisión de agua.

Se trata de un derecho con contenido limitado (agua potable y saneamiento), que en ningún caso habilita la obtención de agua para fines distintos al señalado, por ejemplo, para actividades productivas, recreativas u ocio. Su carácter de derecho humano no implica que el suministro del recurso deba ser gratuito, aunque los Estados deben disponer mecanismos de ayuda o subsidios para quienes no puedan asumir este costo[5]. En definitiva, el derecho humano al agua está conectado con las condiciones humanas mínimas de vida; es un instrumento para concretar o garantizar dichas condiciones (Embid, 2007, p. 553). Pese a ello, cabe precisar que en Latinoamérica se han emitido pronunciamientos jurisprudenciales que han abierto la posibilidad de un desarrollo expansivo de este derecho para incluir actividades que van más allá de la subsistencia o salubridad[6].

2.1.2. Estándares y condiciones mínimas de prestación del servicio de abastecimiento de agua.

Como se desprende de las directrices internacionales citadas que, aunque no jurídicamente vinculantes, han otorgado más claridad al tema[7], el derecho humano al agua no se restringe a la exigencia de que todas las personas tengan acceso al agua para fines de consumo y saneamiento, sino que la disponibilidad de este recurso debe efectuarse cumpliendo determinados estándares. Se requiere suficiencia, salubridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad en cuanto al recurso en sí y en relación con la prestación del servicio público que provee de agua potable a la población para consumo y saneamiento. De estos aspectos, la accesibilidad es fundamental, pues involucra cuatro supuestos que se deben considerar y cumplir para satisfacer este derecho: acceso físico, acceso económico, no discriminación y acceso a la información (Embid, 2006, p. 23; 2007, pp. 553-554). Sin perjuicio de la importancia que corresponde a cada uno, el último, acceso a la información (que sería un contenido secundario del derecho humano al agua), plantea dudas inmediatas en Chile (Embid, 2006, p. 30; 2007, p. 556), pues una de las graves falencias de la gestión de aguas es, precisamente, la carencia de información completa, actualizada y suficiente sobre el recurso hídrico[8].

2.1.3. Variabilidad y variedad de factores que influyen en su configuración.

La definición y evaluación de los mencionados estándares y condiciones no responde a cánones universales, sino que, atendida la naturaleza de este derecho, su

5 En esa misma línea, ver Embid (2006, pp. 22-23, 42-43 y 47-55) y (2007, pp. 556 y 565-567); Salinas (2006, pp. 106 y 113); Obando (2010, pp. 449-450); Salas (2011, p. 48); Menéndez (2012, p. 197); Tapia (2014, p. 314); Pinto (2015, pp. 54 y 56-57); y Recabarren (2016, p. 326).

6 Al respecto, ver Pinto (2015, pp. 52-53).

7 Ello ratifica el carácter no vinculante o de *soft law* de estas normas, ver Salas (2011, p. 46); Martín y Justo (2015, pp. 32-33); y Recabarren (2016, pp. 321-322).

8 Sobre el derecho al acceso a la información, su relevancia y conexión con el derecho humano al agua, ver Recabarren (2016, pp. 330-332).

configuración depende fuertemente del contexto (económico, social, geográfico o hidrológico, político, entre otros) de cada país[9].

En el caso chileno, no basta con reducir la discusión y análisis a los elevados niveles de cobertura de agua potable y saneamiento que ha alcanzado el país. Evidentemente, ello constituye un paso clave, pero no garantiza *per se* la concurrencia de todas las condiciones que deben ponderarse para revisar el estado y grado del cumplimiento de este derecho humano. En esa tarea, además, cabe tener presente que el derecho de aguas (óptica de este trabajo) proporciona solo parte de las herramientas, reglas y visiones que deben utilizarse; la temática es bastante más compleja, y su abordaje requiere, asimismo, perspectivas de derecho sanitario, internacional, constitucional y ambiental[10].

2.1.4. Bastión de reformas legales y constitucionales.

El derecho humano al agua ha comenzado a adquirir protagonismo en un ambiente de cambios legales y constitucionales al régimen jurídico que regula el aprovechamiento y administración del recurso de las aguas en Chile. En ese escenario, y sin demasiado análisis, la referida temática se ha convertido en uno de los aspectos más emblemáticos de las modificaciones que pretenden implementarse, aunque se omite una verdad ya comprobada en varios países de la región: la declaración explícita del derecho humano al agua en un ordenamiento jurídico interno es positiva, otorga certezas y hasta podría llegar a considerarse obligatoria (por los compromisos internacionales adquiridos sobre el particular), pero no asegura su efectivo cumplimiento. *A contrario sensu*, los países latinoamericanos que han incorporado expresamente este derecho (ya sea en sus leyes o constituciones) son, paradojalmente, los que presentan más brechas y falencias en su verificación o satisfacción práctica. Por su parte, muchos países desarrollados que cuentan con altos niveles de cobertura de agua potable y saneamiento han sido bastante reticentes en la positivización de este derecho, y se han abstenido incluso de la ratificación de los instrumentos internacionales que lo consagran, lo que evidencia cierto temor frente a este asunto[11].

Es evidente la necesidad de un enfoque serio sobre este tema en Chile, más allá de las ideas políticas e ideológicas que presentan su mera declaración como una gran solución para las problemáticas de la regulación y gestión de aguas. Aunque, por cierto, es una cuestión de enorme relevancia, y que cabe abordar, pero de

9 Como advierten Martín y Justo (2015), «[…] poner en práctica y de manera efectiva el derecho al agua no es solo una cuestión legal, ni de disponibilidad de recursos hídricos, sino también –y fundamentalmente– un problema económico […]» (p. 28).

10 Con respecto a la necesidad de enfoque interdisciplinario, ver Vergara (2015, pp. 192 y 209-213).

11 En este sentido, ver Martín y Justo (2015, pp. 31-32 y 39-40), quienes, además, sostienen que «[…] los países en desarrollo, donde se ubican las personas con escasos grados de satisfacción en el derecho al agua, son los que promueven el reconocimiento de dicho derecho, mientras que los países que presentan altos índices de cobertura —aunque no todos— se abstienen de hacerlo. [...] La consagración de este derecho no resuelve, para los países ricos, ninguna problemática a escala local, sino que, por el contrario, constituye por sí mismo una amenaza para sus intereses geopolíticos en el ámbito internacional» (pp. 31-32).

una forma rigurosa e informada. Por ello, deben incorporarse lineamientos claros que especifiquen su contenido, límites y las responsabilidades involucradas (cabe precisar que la responsabilidad internacional del Estado chileno por vulnerar sus obligaciones en materia de derecho humano al agua ya ha sido denunciada desde la academia) (Guiloff, 2013, pp. 277-281). Se requieren una estrategia y construcción regulatorias sistémicas que permitan la efectiva implementación de las prerrogativas, deberes y facultades que este derecho importa[12]; y, el abordaje adecuado de las dificultades económicas y los intereses políticos en juego (Martín y Justo, 2015, pp. 28-29).

Teniendo en cuenta esto, la incorporación del derecho humano al agua en una ley ayudaría a contener las posiciones altamente demagógicas o ideológicas que suelen relacionarse a este tema, las cuales son incompatibles con un correcto tratamiento jurídico del mismo (Embid, 2006, p. 56; 2007, pp. 568-569).

2.2. Descripción de la institucionalidad sanitaria.

El sector sanitario constituye un servicio público, en el que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar la satisfacción de las necesidades de agua potable y saneamiento y de crear las condiciones para que se preste con eficiencia en términos de cobertura, calidad, costo, oportunidad y respeto al medioambiente. En el ámbito urbano, la provisión del servicio se materializa principalmente a través de empresas privadas; en los sectores rurales operan servicios particulares bajo la forma de comités o cooperativas[13].

2.2.1. Servicio de agua potable y saneamiento a nivel urbano.

Contempla las actividades de producción y distribución de agua potable, y recolección y tratamiento de aguas servidas. Está sujeto a un régimen concesional tarificado, con subsidios económicos para usuarios de menores ingresos[14].

Las empresas de servicios sanitarios deben ser, por ley, sociedades anónimas abiertas con objeto único. Según cifras oficiales, a diciembre del año 2015, el sector sanitario urbano estaba compuesto por 60 empresas; a su vez, el 95,8% de los clientes o usuarios es atendido por empresas privadas, mientras que el resto

12 En esa misma línea, ver Salas (2011, pp. 47-48 y 54); Martín y Justo (2015, pp. 35-38); Vergara (2015, p. 190). Hay que precisar que existe una obligatoriedad de incorporar el derecho humano al agua a la legislación interna, para lo cual se debería entender que el agua es un bien común; ver Tapia (2014, pp. 321-324). Por su parte, también hay que advertir que el respeto y garantía del derecho humano al agua implica construir un derecho de aguas sobre la base de una serie de estándares de derecho internacional y ambiental (igualdad y no discriminación, prevención, precaución, acceso a la información, participación pública en la adopción de decisiones y acceso a la justicia, unidad de cuenca hidrográfica, y prioridad del uso de las aguas para consumo humano); ver Recabarren (2016, pp. 327-338).

13 Para una sistematización y presentación general de la prestación de servicios sanitarios, ver Vergara (2015, pp. 193-204). Sobre aquellos que se implementan en zonas rurales, ver Rojas (2014, pp. 28-42).

14 Una explicación de los subsidios que se aplican en estos casos (subvención para el pago del consumo de agua potable y saneamiento, y subvenciones sobre la base de tarifas diferenciadas) está expuesta en Vergara (2015, pp. 204-209).

corresponde a concesionarios estatales, municipales o cooperativas (Superintendencia de Servicios Sanitarios [SISS], 2016, pp. 26-29).

En cuanto a la extensión de estos servicios, la cobertura urbana de agua potable alcanza a un 99,9% de la población; la de alcantarillado, a un 96,8%; y la de tratamiento de aguas servidas, a un 99,85% (SISS, 2016, pp. 40-45).

2.2.2. Servicio de agua potable a nivel rural.

La prestación de los servicios sanitarios no se encuentra sujeta al sistema concesional tarifario; solo requiere permisos de funcionamiento de los Servicios de Salud, pero debe cumplir los estándares de calidad de los servicios y las normas técnicas respectivas.

La información es más bien escueta en este ámbito, y no existe certeza sobre el grado de cobertura de los servicios sanitarios rurales. Lo que sí se ha determinado es que hoy existen más de 1600 servicios de agua potable rural (SISS, 2016, p. 26), lo que devela la importancia de estos sistemas en el modelo chileno. Con ello, cabe destacar que recientemente fue dictada la Ley n.º 20.998, de 2017, que regula los servicios sanitarios rurales (hasta ahora había sido un asunto bastante desregulado).

3. Disposiciones vinculadas al derecho humano al agua en la normativa de aguas vigente

Si bien no existe una mención explícita y directa al derecho humano al agua en el ordenamiento interno chileno, sí hay una serie de disposiciones que, de uno u otro modo, pueden encasillarse en su línea y espectro de protección[15]. Entre ellas, para el objeto de este estudio, cabe mencionar las siguientes:

3.1. En la Constitución Política de la República.

La Carta fundamental contiene una serie de prescripciones que pueden entenderse vinculadas al derecho humano al agua; por ejemplo:

(a) Declaración de un Estado que está al servicio de la persona humana y cuya finalidad es promover el bien común, cuyo deber es dar protección a la población y a la familia (art. 1).

(b) Limitación de la soberanía por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo que es deber del Estado y sus órganos respetarlos y promoverlos, ya sea que estén garantizados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes (art. 5, inc. 2º). Sobre esta base, y dada la ratificación por

15 Al respecto, sin embargo, Obando (2010) afirma su lejanía de la concepción del derecho humano al agua, la cual plantea tomar en cuenta el agua como un bien público (no como un bien, jurídicamente hablando, o como un recurso económico desde una óptica funcional) (p. 440). Además, se afirma que la legislación de aguas contrasta acentuadamente y no satisface los estándares del derecho humano al agua a nivel internacional; ver Guiloff (2013, pp. 281-282) y Tapia (2014, pp. 320-321).

parte de Chile del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de las Observaciones de su Comité relativas al derecho humano al agua, se afirma que en Chile habría un reconocimiento implícito de este último[16].

(c) Deber de los órganos del Estado de someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (art. 6).

(d) Consagración del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas (art. 19, n.º 1)[17], a la igualdad ante la ley (art. 19, n.º 2), a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19, n.º 8), a la protección de la salud (art. 19, n.º 9), a la educación (art. 19, n.º 10), a la libertad de trabajo y su protección (art. 19, n.º 16), a la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (art. 19, n.º 24), a la seguridad de que las leyes no afectarán la esencia de sus derechos (art. 19, n.º 26).

(e) Procedencia de la acción de protección frente a privaciones, perturbaciones o amenazas en el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en la misma Constitución (art. 20).

3.2. En la regulación de aguas.

No hay, en el régimen concesional ni autorizacional, una priorización de usos, por lo que, estrictamente hablando, el consumo o abastecimiento humano no tiene una consideración especial en relación a otros destinos del recurso[18]. No obstante, pueden identificarse también en esta sede algunas reglas y lineamientos asociados al derecho humano al agua; entre ellos pueden citarse los siguientes:

(a) Posibilidad de expropiar derechos de aprovechamiento para satisfacer menesteres domésticos de la población cuando no existan otros medios para obtener agua (art. 27, Código de Aguas). Esta herramienta no se ha utilizado en la práctica.

(b) Reconocimiento del derecho a cavar, en suelo propio, pozos para bebida y uso doméstico (art. 56, inciso 1º, Código de Aguas). Se trata de un derecho *ipso iure*, que nace por el solo ministerio de la ley, y que habilita a los particulares para extraer agua subterránea desde sus terrenos, para los fines antes indicados, sin necesidad de obtener concesión administrativa. Aun cuando la ley no establece este requisito, se entiende que este derecho opera en supuestos en que los particulares no tienen acceso a sistemas de abastecimiento de agua potable y saneamiento (ya sea urbano o rural), lo que implica, siempre, un volumen limitado de agua.

16 En este sentido, ver Obando (2010, pp. 440 y 461) y Salas (2011, p. 48).

17 Una discusión recurrente en este campo ha tratado de determinar si el derecho humano al agua es autónomo o se encuadra en el marco más amplio del derecho a la vida. Algunos se han decantado por su carácter autónomo; ver Obando (2010, pp. 439 y 444) y Pinto (2015, p. 46). Este último, no obstante, precisa que la discusión es innecesaria y ociosa, pues, en uno u otro caso, el derecho será objeto de protección.

18 Sin embargo, ello puede considerarse parcialmente alterado a partir de la reforma al Código de Aguas del año 2005, mediante la incorporación del artículo 147 bis, según se indica *infra*.

En concordancia con lo anterior, el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas define lo que debe entenderse por «bebida y uso doméstico» para estos fines, precisando que es el «aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae de un pozo, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia, sin fines económicos o comerciales»[19]. Por lo tanto, se incluyen dentro de la aludida expresión el agua para consumo humano, higiene personal y agricultura de subsistencia (no lucrativa).

(c) Caudal ecológico mínimo (art. 129 bis 1, Código de Aguas). Relacionado con la arista de protección ambiental que debe considerarse en la configuración del derecho humano al agua (el agua debe estar disponible en cantidad suficiente y con la calidad adecuada[20]), cabe tener presente que desde el año 2005 se incorporó a este régimen la potestad administrativa de fijar un caudal ecológico mínimo para los nuevos derechos constituidos en aras de la preservación de la naturaleza y del medioambiente[21].

(d) Reserva de caudales para el abastecimiento de la población (art. 147 bis, inciso 3º, Código de Aguas). Cuando no existan otros medios para obtener agua, y se requiere reservarla para abastecer a la población, surge la potestad del Presidente de la República para decretar, previo informe de la Dirección General de Aguas, la denegación parcial de solicitudes de derechos de aprovechamiento. En esta hipótesis, el agua para consumo humano adquiere primacía respecto a otros posibles destinos del recurso.

(e) Privación de agua como sanción a los usuarios infractores de medidas de reparto fijadas por las organizaciones de usuarios (art. 281, Código de Aguas). El directorio de una organización de usuarios está facultado para privar del agua a aquellos miembros que la saquen fuera de su turno o que alteren las demarcaciones prescritas al efecto; no obstante, siempre deberá dejárseles el agua necesaria para la bebida.

4. Reforma constitucional y legal y derecho humano al agua

4.1. Proyecto de reforma constitucional.

En una actual discusión parlamentaria se ha planteado una unificación o fusión de nueve proyectos de modificación constitucional sobre dominio y uso de aguas, los cuales se presentaron, en distintas fechas, a partir del año 2007. En lo relativo

19 Artículo 51, Decreto n.º 203, 2014.

20 Ver Menéndez (2012, pp. 198-201).

21 En esa misma línea, hace falta advertir cómo el deterioro ambiental afecta u obstaculiza la satisfacción de una serie de derechos fundamentales, entre ellos el derecho al agua y saneamiento; ver Recabarren (2016, pp. 307-310). Este autor especifica que «[…] es clave el rol del Derecho de Aguas como rama sectorial, en el sentido de fusionar la regulación del contenido del derecho al agua y el saneamiento con la protección y conservación del medio ambiente» (Recabarren, 2016, p. 327).

al tema que se trata en el presente trabajo, la propuesta de cambio incluye las siguientes aristas:

(a) Priorización del consumo humano, doméstico y el saneamiento en el otorgamiento y ejercicio de derechos de aprovechamiento, ámbito en que, además, se ordena resguardar los usos comunitarios ancestrales y mantener el caudal ecológico.
(b) Prescripción de un manejo sustentable e integrado de aguas, que considere las características de cada zona geográfica del país.
(c) Reconocimiento de la posibilidad de interponer el recurso de protección ante actos u omisiones, arbitrarios o ilegales, que impliquen perturbación o amenaza al legítimo ejercicio del derecho al agua para consumo humano, doméstico y saneamiento.

4.2. Proyecto de reforma al Código de Aguas de 1981.

Paralelamente al proyecto de reforma constitucional se encuentra en tramitación una modificación al Código de Aguas de 1981, que también contiene referencias a o aspectos propios del derecho humano al agua. Entre ellos pueden destacarse:

(a) Reconocimiento explícito del derecho humano al agua potable y saneamiento. Dicha titularidad se califica como esencial e irrenunciable, y es deber del Estado garantizarla. Relacionado a ello, se formula una conceptualización de «interés público», que considera «las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento».
(b) Prevalencia del uso del agua para consumo humano, doméstico de subsistencia y saneamiento en el otorgamiento y ejercicio de derechos de aprovechamiento (función de subsistencia). Esta priorización se plantea respecto a las restantes «funciones» del agua, entre las cuales el proyecto menciona las de preservación ecosistémica y las productivas.
(c) Prohibición de utilizar el agua asociada a derechos concedidos para consumo humano y saneamiento en otros fines.
(d) Posibilidad de que la DGA autorice a sistemas de agua potable rural para realizar extracciones transitorias de agua durante la tramitación de la concesión de derechos de aprovechamiento.
(e) Potestad estatal de reservar aguas disponibles para asegurar la función de subsistencia (y también la de preservación ecosistémica). Sobre tales aguas, la DGA podrá otorgar concesiones para fines de subsistencia, o bien entregárselas a prestadores sanitarios para garantizar el consumo humano y el saneamiento.
(f) Reconocimiento de un derecho *ipso iure* para extraer aguas de vertientes, nacientes cordilleranas u otra forma de recarga natural que aflore superficialmente para satisfacer la necesidad de bebida y los usos domésticos de subsistencia.

(g) Reconocimiento en favor de los comités de agua potable rural de un derecho *ipso iure* para usar aguas subterráneas para consumo humano, a través de pozos construidos en terreno propio, de alguno de sus integrantes o en bienes fiscales, previa autorización en los casos que corresponda (predios ajenos).
(h) Exenciones especiales para las cooperativas y comités de agua potable rural: del pago de patente por no uso de aguas; de la medida de caducidad por no inscripción de los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad a la publicación de la nueva ley, en el plazo estipulado por ella; de la medida de suspensión del ejercicio de los derechos consuntivos, permanentes y continuos que se otorguen luego de la declaración de agotamiento de una cuenca.
(i) Potestad presidencial de reservar agua para satisfacer la función de subsistencia (y la función de preservación ecosistémica), previo informe de la DGA.
(j) Potestad excepcional del Presidente de la República para constituir, previo informe favorable de la DGA, derechos de aprovechamiento aun cuando no exista disponibilidad de aguas, lo que garantiza, de este modo, los usos de la función de subsistencia.
(k) Potestad de la DGA para redistribuir las aguas en zonas de escasez hídrica, priorizando usos de subsistencia por sobre los restantes, y para autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas, en cualquier punto, y destinarlas preferentemente a tales usos de subsistencia.
(l) Inclusión de la figura de revisión de concesiones cuando se considere que el ejercicio de ciertos derechos afecta la función de subsistencia, lo que puede limitar o dejar sin efecto, en casos calificados, tales derechos.

5. El derecho humano al agua en la jurisprudencia

A pesar de la falta de reconocimiento explícito en el orden jurídico interno, los Tribunales de Justicia, poco a poco, tímidamente aún, han comenzado a invocar y a exigir respeto para esta titularidad en algunos conflictos asociados al suministro de agua potable[22]. En este sentido, pueden mencionarse los casos que seguidamente se sistematizan.

5.1. Improcedencia de la suspensión de suministro de agua potable por deuda con empresa sanitaria.

La legislación sanitaria vigente faculta a las empresas prestadoras de los servicios sanitarios para suspenderlos ante el no pago de los costos asociados por parte del

22 Hasta el momento, ha sido la Corte de Apelaciones de San Miguel, con jurisdicción en un amplio sector de la Región Metropolitana de Santiago, la que ha concentrado la emisión de pronunciamientos en este ámbito. La mayoría de estos pronunciamientos ha surgido a partir de problemas entre particulares y la respectiva empresa sanitaria, aunque hay también algún caso entre particulares. El Estado, por ahora, no ha sido requerido.

usuario correspondiente[23]. Pese a este texto expreso, ante la interposición de un recurso de protección por un particular a quien se había aplicado esta medida de suspensión del servicio de agua potable, la Corte de Apelaciones de San Miguel sostuvo lo siguiente:

> […] sin duda el acceso al vital elemento, agua, es un derecho fundamental del ser humano en tanto cuanto es esencial para el desarrollo y existencia de la vida, derecho éste, a su vez, protegido constitucionalmente por el artículo 19 n°1 de la Carta Fundamental [derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas].
> […] siendo así, no pudo la recurrida aun invocando lo dispuesto en el artículo 36 letra d) y 38 del Decreto con Fuerza de Ley n.º 382, de 1988, que contiene la Ley General de Servicios Sanitarios…suspender el suministro de agua potable so pretexto de existir deudas pendientes por concepto de ese servicio, por cuanto ello pugna con nuestro ordenamiento jurídico, que comprende los instrumentos internacionales antes mencionados […].
> […] el proceder de la empresa sanitaria importó hacerse justicia por su propia mano […]. (Reyes Barraza, Pablo con Aguas Andinas S.A., 2011)[24]

En este caso, el Tribunal declaró que el acceso al agua es un «derecho fundamental» del ser humano, subsumiéndolo rápidamente en el marco más amplio del derecho a la vida. Citando instrumentos internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, vinculado a este último, la Observación General n.º 15, de 2002, antes mencionada), se determinó que la disposición legal que habilita a las empresas sanitarias para suspender el suministro de agua potable es incompatible con el derecho a la vida, garantizado tanto en la Constitución como en los citados instrumentos internacionales, que prohíben afectar, en su esencia, los derechos fundamentales (art. 19, n.º 26, Constitución Política).

Sobre este último punto, es interesante notar que el recurrente de protección en este caso interpuso, paralelamente, un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto a los artículos 36 d) y 38 del DFL 382, de 1989. Sin embargo, dado que la empresa sanitaria repuso el servicio con anterioridad a la dictación del fallo del Tribunal Constitucional (TC), este declaró inadmisible el re-

23 «Son derechos del prestador, que dan lugar a obligaciones del usuario: […] d) Suspender, previo aviso de 15 días, los servicios a usuarios que adeuden una o más cuentas y cobrar el costo de la suspensión y de la reposición correspondiente […]» (Art. 36 d) DFL N°382, de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios).
Asimismo, «si la suspensión del servicio a que se refiere la letra d) del artículo 36° se mantiene ininterrumpidamente por seis meses, el prestador deberá dar cuenta a la autoridad sanitaria, para que proceda a la clausura del inmueble. / Asimismo, en tal situación, el prestador podrá poner término a la relación contractual entre las partes» (Art. 38 DFL n.º 382, de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios).

24 Citando este fallo, la misma Corte, al resolver un juicio relativo a la conformación de una junta de vigilancia, muy distinto al objeto de estudio en este trabajo, incluyó entre sus fundamentos la declaración del acceso al agua como derecho fundamental del ser humano, con referencias a instrumentos internacionales; véase Reyes Zapata (2016).

querimiento, pues se había perdido la oportunidad de aplicación de los preceptos impugnados[25]. No obstante, debe constatarse que el carácter anómalo y regresivo de las citadas disposiciones ya ha sido advertido desde la perspectiva doctrinal[26].

5.2. Necesidad de respeto al derecho humano al agua (derecho a la vida) en el marco de las relaciones de vecindad.

En un conflicto entre dos particulares, cuyas viviendas estaban emplazadas en la misma propiedad, uno de ellos cortó la cañería que transportaba el agua hacia el hogar del otro, quien interpuso recurso de protección alegando vulneración a su derecho de propiedad. Si bien la Corte desestimó esta alegación, sí acogió el recurso por estimar que la conducta descrita afectaba el derecho a la vida del recurrente, en cuyo ámbito se encasilla el derecho al agua (en base a los instrumentos internacionales particularizados en párrafos previos). En este sentido, se sostuvo que:

> […] el acceso al vital elemento, agua, es un derecho fundamental del ser humano…en tanto resulta esencial y necesario para el desarrollo y existencia de la vida...
> […] encontrándose tutelado constitucionalmente en el artículo 19 n.º 1 de la Constitución Política de la República, el derecho a la vida, no correspondía que el recurrido hubiese privado al recurrente y demás personas de la vivienda interior del domicilio... del suministro de agua potable, sin justificación alguna, ya que cualquier derecho que pretenda el recurrido nuestro sistema jurídico le reserva las acciones necesarias para hacerlos valer, por lo que no es legítimo que recurra a las vías de hecho para ese fin, modificando el statu quo existente […]. (Larraín Amaya, Luis vs. Valenzuela Díaz, Mario, 2014)

5.3. El agua como bien común, sujeto a acuerdos de copropietarios.

Nuevamente en el contexto de un conflicto entre privados, se interpone un recurso de protección a partir del corte del suministro de agua por la administración de un condominio a uno de sus miembros por haber excedido la cuota o consumo máximo fijado por la asamblea de copropietarios para épocas de escasez del recurso. A este respecto, la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó el recurso de protección, que denunciaba infracciones al derecho a la vida y a la propiedad, sosteniendo que:

> […] el agua que la abastece se extrae de pozos que se encuentran dentro de la misma comunidad, es decir, el agua no es proporcionada o distribuida por un

25 TC, Rol 2039-2011 (2011). En esta sentencia, hay una prevención del ministro Gonzalo García, quien, en virtud de los instrumentos internacionales ya referidos, sostuvo que «[…] sin perjuicio de lo señalado, es preciso señalar que la actividad de la empresa no puede, en caso alguno, entorpecer el acceso al agua potable pues constituye un bien necesario para el desarrollo y existencia del derecho a la vida, constitucionalmente consagrado en el artículo 19, numeral 1º, de la Carta Fundamental».

26 En esa misma línea, ver Obando (2010, p. 458).

> organismo ajeno a ella, lo que hace que este bien sea un bien común sin que exista contrato de los propietarios con terceros ajenos a la comunidad.
> […] el suministro de agua es proporcionado dentro de la propia comunidad, con lo cual constituye un bien común, estando facultado el órgano que administre dicha comunidad para impetrar todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos establecidos en el reglamento como es administrar en la mejor forma posible los bienes comunes […].
> […] no se aprecia que el acto impugnado constituya un atentado contra garantía constitucional alguna […]. (Dougnac Cordero, Vivianne vs. Comité de Administración del Condominio Las Vertientes de Zapata, 2015)[27]

5.4. Prevalencia del derecho humano al agua (derecho a la vida) por sobre acuerdos de copropiedad inmobiliaria.

En este caso, un particular interpuso un recurso de protección en contra de la administración del condominio en que habitaba, pues esta le había suspendido el suministro de agua potable por deuda de gastos comunes, medida que, a su juicio, afectaba sus derechos a la vida, igualdad ante la ley y propiedad. Pese a que el reglamento interno y el de copropiedad del condominio habilitaban a imponer tal medida, la Corte de Apelaciones de San Miguel acogió el recurso, señalando que:

> […] el reglamento interno de la Inmobiliaria Piedra Molino S.A.… pugna con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República, en especial, con el artículo 19, n.º 1, en cuanto asegura el derecho a la vida, cuyo contenido comprende las condiciones necesarias para que ella se desarrolle adecuadamente, entre las cuales están el derecho humano al agua […].
> […] en lo relacionado con el derecho a la vida, en relación con el acceso al agua cabe considerar…que resulta esencial y necesario para el desarrollo y existencia de la vida, derecho éste, a su vez protegido constitucionalmente por el artículo 19, n.º 1 de la Carta Fundamental.
> […] no resulta admisible, en concepto de estos sentenciadores, que a través de un acuerdo, entre particulares, autorizado por el artículo 28 de la Ley n.º 19.537, ajenos al vínculo jurídico que permite el acceso a dicho suministro básico, plasmado en un Reglamento, se pretenda limitar, suspender, interrumpir o cortar el suministro de agua, y menos por deudas por concepto de gastos comunes, las que, además, conforme a lo informado por las partes, están siendo cobradas judicialmente. (Montes Arancibia, Alberto vs. Parcelación Piedra Molino, 2015)

6. Conclusiones

(a) Los elevados niveles de cobertura de los servicios de agua potable y saneamiento en Chile han justificado un restringido análisis jurídico del contenido e implicancias del derecho humano al agua. Prevalece una especie de presunción generalizada de que, con dichos niveles de cobertura, el dere-

27 Dougnac Cordero, Vivianne vs. Comité de Administración del Condominio Las Vertientes de Zapata (2015). Luego de interpuesto recurso de apelación, esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, con fecha 23 de abril de 2015.

cho humano al agua está completamente cubierto y satisfecho. Sin perjuicio del fundamental avance e importancia que tal cobertura sanitaria conlleva, se trata de una cuestión que cabe revisar con más rigurosidad, pues la disponibilidad del recurso debe producirse cumpliendo estándares que aseguren más que solo la suficiencia y calidad del volumen de agua que se entrega a cada persona. Se requiere suficiencia, salubridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad en cuanto al recurso en sí y también en relación a la prestación de este servicio público que provee de agua potable a la población para consumo y saneamiento.

(b) El derecho humano al agua tiene un rol central en las reformas legal y constitucional en actual tramitación parlamentaria en Chile. Sin dejar de destacar la relevancia de la presencia de este tema en este contexto, se denota una falta de análisis más profundo sobre el real y efectivo contenido, límites, efectos y responsabilidades derivadas del denominado derecho humano al agua. De otro modo, pareciera ser solo un escudo o bastión ideológico de la serie de cambios que pretenden introducirse en la regulación.

(c) Incluso sin consagración positiva explícita del derecho humano al agua en el ordenamiento interno, hay un reconocimiento y protección del mismo por parte de los Tribunales de Justicia, los cuales, tímidamente, han ido configurando algunas ideas respecto del dicho derecho sobre la base de instrumentos internacionales, y todavía muy apegadas al derecho a la vida. Ello evidencia la necesidad de incorporar directrices normativas claras sobre la materia.

(d) Para abordar adecuadamente esta temática se requiere una visión sistémica, no centrada exclusivamente en la consagración positiva del derecho humano al agua a nivel interno, sino, principalmente, en su correcta y suficiente implementación y satisfacción en la práctica. Para ello, el Derecho de Aguas puede ofrecer algunos lineamientos, pero se necesitan aportes de otras disciplinas jurídicas, tales como el derecho internacional, constitucional, sanitario y ambiental. Asimismo, y más sustancialmente aun, la conquista de los desafíos que esta cuestión involucra exige la concurrencia y adopción de voluntades y medidas económicas y políticas efectivas, pues, de otra forma, su declaración puede quedar reducida a una elegante, pero infructuosa, disposición legal y/o constitucional.

REFERENCIAS

Decreto 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005 (Chile).

Decreto 203, Ministerio de Obras Públicas, aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, Diario Oficial de 7 de marzo de 2014 (Chile).

Decreto con Fuerza de Ley 1122, Ministerio de Justicia, fija texto del Código de Aguas, Diario Oficial de 29 de octubre de 1981 (Chile).

Decreto con Fuerza de Ley 382, Ministerio de Obras Públicas, Ley General de Servicios Sanitarios, Diario Oficial de 21 de junio de 1989 (Chile).

Dougnac Cordero, Vivianne vs. Comité de Administración del Condominio Las Vertientes de Zapata, Rol 53-2015 (Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de marzo de 2015).

Embid, A. (2006). El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas. En A. Embid (dir.), *El derecho al agua* (pp. 15-56). Navarra: Aranzadi.

Embid, A. (2007). Derecho al agua. En A. Embid (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas* (pp. 549-569). Madrid: Iustel.

Guiloff, M. (2013). El derecho al agua como un derecho humano: el caso de la provincia de Petorca. En T. Vial (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013* (pp. 255-282). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Larraín Amaya, Luis vs. Valenzuela Díaz, Mario, Rol 252-2014 (Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de noviembre de 2014).

Manieu, C. (2003). El derecho a satisfacer la sed en el Derecho de Aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (2), pp. 397-416.

Martín, L. y Justo, J. (2015). Estado actual de la cuestión y debates pendientes sobre el derecho humano al agua en Latinoamérica y la Resolución A/RES/292 de 2010 de la Asamblea General de la ONU. En P. Urteaga y A. Verona (eds.), *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú. Segundas Jornadas de Derecho de Aguas* (pp. 27-44). Lima: Centro de Investigación,

Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Menéndez, A. (2012). El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (16), pp. 187-202.

Montes Arancibia, Alberto vs. Parcelación Piedra Molino, Rol 1106-2015 (Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de diciembre de 2015).

Obando, I. (2010). El derecho humano al agua desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho interno. En H. Nogueira (coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales* (pp. 439-463). Santiago de Chile: Librotecnia.

Observación General N°15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 29° período de sesiones (2002).

Pinto, M. (2015). Medios de protección y jurisprudencia sobre el contenido del derecho humano al agua y saneamiento. En P. Urteaga y A. Verona (eds.), *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú. Segundas Jornadas de Derecho de Aguas* (pp. 45-62). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recabarren, O. (2016). El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente. *Estudios Constitucionales*, año 14, (2), pp. 305-346.

Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas: El derecho humano al agua y el saneamiento, 28 de julio de 2010.

Reyes Barraza, Pablo vs. Aguas Andinas S.A., Rol 101-2011 (Corte de Apelaciones de San Miguel, 14 de octubre de 2011).

Reyes Zapata, Jorge, Rol 2052-2015 (Corte de Apelaciones de San Miguel, 14 de abril de 2016).

Rojas, C. (2014). Particularidades del servicio público de abastecimiento de agua potable. El servicio privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR). *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (18), pp. 7-44.

Salas, C. (2011). El derecho humano al agua: estructura y consecuencias jurídicas. *Actas de Derecho de Aguas*, (1), pp. 41-55.

Salinas, S. (2006). El derecho al agua como derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados. En A. Embid (dir.), *El derecho al agua* (pp. 89-135). Navarra: Aranzadi.

Superintendencia de Servicios Sanitarios. (2016). Informe de Gestión del Sector Sanitario 2015, 245 pp.

Tapia, F. (2014). Tratamiento del derecho humano de acceso al agua en el ordenamiento jurídico e institucional chileno. En J. Aranda et al. (eds.), *Acta de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación?* (pp. 305-330). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Tribunal Constitucional, Rol 2039-2011 (20 de septiembre de 2011).

Vergara, A. (2015). El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno. En J. Melgarejo et al. (eds.), *Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI (Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Aguas. Alicante, 2014)* (pp. 189-218). Navarra: Thomson Reuters.

LOS DESAFÍOS DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO EN EL PERÚ

Francisco Dumler Cuya
CENTRUM Católica | Perú

Una de las principales líneas de acción de toda gestión gubernamental está constituida por la mejora en la calidad de la prestación de los servicios de saneamiento, su sostenibilidad y la ampliación de su cobertura; y cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que el servicio de saneamiento impacta directamente sobre la salud pública.

Con la finalidad de estar acorde con dicha línea, el Estado está obligado a emitir la normatividad correspondiente en el sector saneamiento, con el propósito de responder a las necesidades actuales de la población, especialmente de las zonas vulnerables del país.

En el presente artículo se explora, en primer lugar, el marco legal anterior a la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1240[1], el cual modifica la Ley n.º 26338 (Ley General de Servicios de Saneamiento) y la Ley n.º 30045 (Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento); y, posteriormente, se desarrollan los principales cambios que trae consigo dicho Decreto Legislativo y los desafíos que implica su aplicación.

Asimismo, se presenta la intervención del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) como un caso de modernización de los servicios de saneamiento en el Perú, en el cual la inversión privada, a través de las Asociaciones Público-Privadas (APP), es un mecanismo para permitir el acceso a los servicios de saneamiento a más peruanos.

1. Antecedentes

Mediante el Decreto Legislativo n.º 150, se creó la Empresa de Servicio Nacional de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado (SENAPA) como empresa de propiedad del Estado y encargada de ejecutar la política del Estado en el desarrollo, control, operación y mantenimiento de los servicios de agua potable y alcantarillado urbanos a nivel nacional (Poder Ejecutivo, 1981). El SENAPA estaba conformado por empresas filiales y unidades operativas distribuidas a lo largo del país. Y, en el año 1990, SENAPA transfirió acciones a las municipalidades provinciales y distritales.

1 Modificada por el D.L. 1280 de 2016, aprobado con fecha posterior a la elaboración de este documento.

Mediante Decreto Ley n.º 25965, se creó la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) con personería de derecho público, patrimonio propio y autonomía funcional, económica, técnica, financiera y administrativa para que proponga las normas para la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, reúso de aguas servidas y limpieza pública; para que fiscalice la prestación de los mismos, evalúe el desempeño de las entidades que los prestan, promueva el desarrollo de esas entidades, así como aplique las sanciones que establezca la legislación sanitaria y recaude las multas y tasas que esa misma legislación disponga (Poder Ejecutivo, 1992).

En el año 1994 se promulgó la Ley n.º 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento (en adelante la LGSS), la cual establece las normas que rigen la prestación de los servicios de saneamiento. Aunque en los años siguientes ha sufrido algunas modificaciones, a la fecha es la norma que rige el Sector Saneamiento a nivel nacional.

No obstante, en el transcurso del tiempo se han legislado temas competenciales en los servicios públicos como en la Constitución Política 1993 (Estado Garante vs. Estado Gestor); la Ley n.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización (2002); la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (2003); la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos (2009); la Ley n.º 26842, Ley General de Salud (1997); la Ley n.º 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores (2000); el Decreto Legislativo n.º 1012, que regula la promoción de la inversión privada a través de las Asociaciones Público-Privadas (APP) (2008); la creación del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), el cual se convirtió en el ente rector del Sector Saneamiento (2002); entre otros.

En el último quinquenio, el MVCS ha impulsado la promulgación de nuevos dispositivos legales que estén en consonancia con el contexto del Sector Saneamiento, el cual se caracteriza por: (a) financiamiento de inversiones insuficiente; (b) insostenibilidad de las inversiones (enfoque de obra y no de servicio público); (c) modelo de gestión municipal colapsado; y (d) escasez de agua.

De acuerdo con lo descrito en el párrafo precedente, se promulgó la Ley n.º 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento (en adelante la LMSS), que tiene por objeto establecer medidas orientadas al incremento de la cobertura y al aseguramiento de la calidad y la sostenibilidad de los servicios de saneamiento a nivel nacional, y promueve el desarrollo, la protección ambiental y la inclusión social.

Y en el año 2015, en el marco de las facultades legislativas concedidas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo para legislar en materia administrativa, económica y financiera, a efectos de, entre otros, establecer medidas para el fortalecimiento de la rectoría en saneamiento, se emitió el Decreto Legislativo n.º 1240 (en adelante el D.L. Nº 1240), el cual modifica la Ley n.º 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley n.º 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, con la finalidad de establecer medidas para fortalecer la rectoría en saneamiento, así como fomentar, modernizar, racionalizar y optimizar la infraestructura y los servicios de saneamiento.

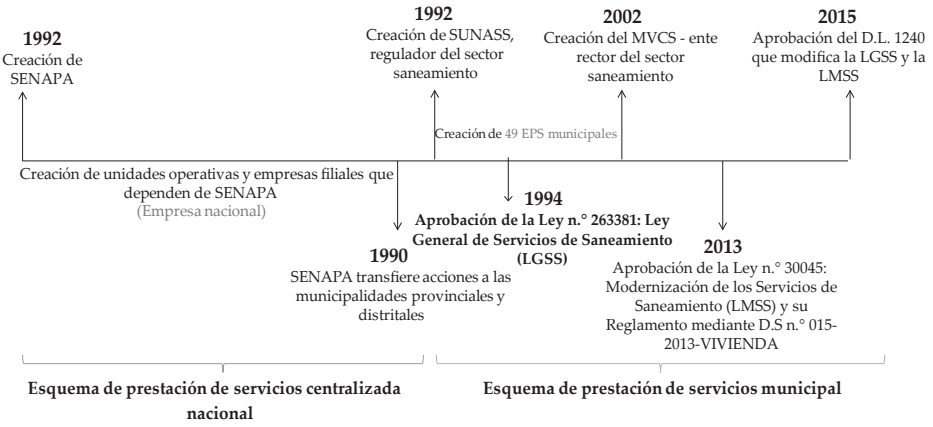


Figura 1. Evolución normativa del Sector Saneamiento. Elaboración propia, con datos del MVCS.

2. El derecho humano a los servicios de saneamiento y el derecho a las inversiones

Una de las consideraciones que trae consigo la nueva legislación en saneamiento es la importancia que se le da al derecho a los servicios de saneamiento. La LMSS, en su artículo III, indica lo siguiente:

> La modernización de la prestación de los servicios de saneamiento se sustenta, fundamentalmente, en los siguientes principios:
> a) **Acceso universal.** *Es derecho de la población tener acceso a servicios de saneamiento sostenibles y de calidad* [énfasis añadido]; y es obligación del Estado proveerlos a través de los prestadores de servicios […]. (Congreso del Perú, 2013, art. III)

Por su parte, el D.L. n.º 1240, en su artículo 2, que modifica el artículo 3 de la LGSS, menciona que se declare:

> […] de necesidad pública y de preferente interés nacional la gestión y la prestación de los servicios de saneamiento con el propósito de promover el acceso universal de la población a los servicios de saneamiento sostenibles y de calidad, proteger su salud y el ambiente, la cual comprende a todos los sistemas y actividades que integran los servicios de saneamiento, a la prestación de los mismos y la ejecución de obras para su realización. (Poder Ejecutivo, 2015, art. 2)

En esa línea, la intervención del Estado debe estar orientada a que todos los peruanos puedan tener acceso a servicios de saneamiento sostenibles y de calidad en el largo plazo, lo cual está en estrecha relación con el objetivo 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: «Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 16).

Y en lo que respecta al derecho a las inversiones, en el artículo 32 de la LMSS se señala lo siguiente:

> El ente rector [MVCS] propone y coordina los esquemas de acceso a cooperación internacional, financiera y técnica, reembolsable y no reembolsable y otros de similar naturaleza a efectos de lograr la inversión necesaria para fortalecer la administración de servicios de saneamiento, en el marco de la legislación vigente. (Congreso del Perú, 2013, art. 32)

A su vez, en el artículo 4 del D.L. n.º 1240, que modifica el artículo 37 de la LMSS, se indica lo siguiente:

> La participación del Sector Privado en el ámbito de las EPS [Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento] se rige por la normativa aplicable a las asociaciones público - privadas y a los procesos de promoción de la inversión privada, sus normas reglamentarias y complementarias y demás normativa aplicable en materia de promoción de la inversión privada. (Poder Ejecutivo, 2015, art. 4)

Debido a esto, no solo se promueve la inversión pública, sino también la inversión privada en la EPS a través de asociaciones público-privadas con el fin de mejorar su eficiencia, rentabilidad y, sobre todo, su servicio a la ciudadanía.

3. Principales mejoras del D.L. n.º 1240 a la LMSS

3.1. Modernización del Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS).

El D.L. n.º 1240 trae consigo nuevos aspectos normativos para mejorar el Sector Saneamiento. Entre ellos, está la modernización del OTASS, cuyo objeto es redefinido. En el decreto legislativo se indica que el OTASS es el encargado de ejecutar la política del ente rector en materia de administración para la prestación de servicios de saneamiento a cargo de las empresas prestadoras de servicios de saneamiento (EPS), la misma que se desarrolla a través de prestadores de servicios con autonomía empresarial e integración territorial y social. Asimismo, se amplían sus funciones (supervisora, fiscalizadora y sancionadora) y, en su potestad sancionadora, se tipifican las infracciones, escala de multas y procedimiento administrativo sancionador.

Además, se refuerza el Régimen de Apoyo Transitorio (RAT) como mecanismo efectivo para reflotar a las EPS municipales y se lleva a cabo una reingeniería del procedimiento para su ingreso.

Para el ingreso al RAT y reflotamiento de las EPS, el OTASS evalúa los siguientes ámbitos:

- Solvencia económica financiera
- Sostenibilidad de la gestión empresarial
- Sostenibilidad de la prestación de los servicios de saneamiento

3.2. Nuevas competencias de los actores.

Mediante el D.S. n.º 013-2016-VIVIENDA se aprueba el Reglamento de la Ley n.º 30045, LMSS, el cual señala las atribuciones y funciones de las siguientes entidades en el proceso de modernización de los servicios de saneamiento:

(a) «El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento - MVCS, en su condición de Ente Rector del Sector Saneamiento - Ente Rector, con las siguientes atribuciones» (Poder Ejecutivo, 2016, art. 5.1):
- «Aprueba políticas, normas y planes orientados al cumplimiento de los objetivos de modernización de los servicios de saneamiento, observando lo establecido en la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública» (Poder Ejecutivo, 2016, art. 5.1).
- «Gestiona y efectúa, de conformidad con las normas presupuestales vigentes, transferencias de recursos para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión en saneamiento, de acuerdo a las reglas y procedimientos dispuestos en el Reglamento y en las normas sectoriales» (Poder Ejecutivo, 2016, art. 5.1).

(b) SUNASS (Poder Ejecutivo, 2016, art. 5.3):
- Norma y aprueba la inclusión de mecanismos de compensación para el ámbito rural en el Plan Maestro Optimizado (PMO) y estudio tarifario de la EPS.
- Establece mecanismos regulatorios para adecuar los estudios tarifarios con el Plan de Reflotamiento de las EPS bajo el RAT.

(c) EPS (Poder Ejecutivo, 2016, art. 5.4):
- Incorpora en su PMO los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos.
- Propone en su PMO los mecanismos de compensación para el ámbito rural.
- Cumple con las disposiciones vinculadas al ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización, sancionadora y demás a cargo del OTASS.

(d) Los Gobiernos Regionales (GR) y los Gobiernos Locales (GL) (Poder Ejecutivo, 2016, art. 5.6):
- Financian la implementación de programas de asistencia técnica para el ámbito rural.
- Priorizan financiamiento y efectúan coordinaciones con los demás niveles de gobierno, para la realización de proyectos de inversión en saneamiento.
- Los GL financian o cofinancian la reposición y mantenimiento de la infraestructura de saneamiento en el ámbito rural.
- Recopilan, mantienen y gestionan un sistema de información sobre los proyectos de infraestructura de saneamiento de los ámbitos rural y de pequeñas ciudades.

3.3. Caso de modernización de los servicios de saneamiento en el Perú: La intervención del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL)[2].

3.3.1. Las APP y la política de inversiones en SEDAPAL.

Desde el año 2009, período en que se inició el proyecto de la Represa de Huascacocha bajo la modalidad de APP, las inversiones privadas en SEDAPAL han sumado S/ 1374 MM hasta el año 2015, las cuales representan casi un tercio del total de las inversiones de la empresa.

Tabla 1

Inversiones públicas y APP en SEDAPAL, 2009-2015

	Años							Total	
	2009	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**S/ MM**	**%**
APP[a]	725,7		305,5		343,0			1374,2	29
Inv. pública	767,9	525,7	511,1	266,3	403,5	495,2	320,7	3291,1	71
Total (S/ MM)	1493,6	525,7	816,6	266,3	746,5	495,2	320,7	4665,3	100

Nota: Tabla elaborada con datos de la Gerencia de Desarrollo e Investigación de SEDAPAL.
[a]Inversiones incluidas en año de adjudicación y/o suscripción de contrato: Huascacocha y PTAR Taboada (2009), PTAR La Chira (2011) y PROVISUR (2013).

En efecto, las inversiones mediante APP corresponden, además de a Huascacocha —realizada para el trasvase de las aguas de la laguna del mismo nombre (cuenca del río Mantaro) hacia el río Rímac con el fin de aumentar su caudal en época de estiaje—, a las plantas de tratamiento de aguas residuales Taboada y La Chira, para la descontaminación de las playas de los distritos de Lima Norte hasta Chorrillos, y a PROVISUR, para proveer de agua potable en forma continua a los distritos de Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo y Santa María del Mar.

Para analizar la actuación de SEDAPAL en gestión de inversiones, se tomará como referencia el quinquenio 2011-2015. Durante dicho período, la ejecución de sus inversiones públicas totalizó S/ 1996,8 MM, lo que equivale a una inversión promedio anual ejecutada de S/ 399,4 MM.

2 Véase Dumler (2016).

Tabla 2

Inversiones públicas ejecutadas del 2011 al 2015

Fuente de financiamiento	Años					Total
	2011	2012	2013	2014	2015	S/ MM
Recursos propios[a]	441,5	195,4	199,2	137,4	71,0	1044,5
Aportes Gobierno			82,4	169,1	215,2	466,7
Endeudamiento externo	69,6	70,9	121,9	188,7	34,5	185,6
	511,1	266,3	403,5	495,2	320,7	1996,8

Nota: Tabla elaborada con datos de SEDAPAL.

[a]Incluye recursos públicos para los años 2011 y 2012.

Por otro lado, de acuerdo con el PMO de SEDAPAL, las inversiones totales para el quinquenio 2015-2020 ascienden a S/ 6179 MM, con lo cual deberá invertir en promedio S/ 1244 MM anuales con la finalidad de mejorar la calidad de su servicio, priorizando las zonas más críticas de la ciudad, y ampliando la cobertura para que más de 790 000 habitantes cuenten con servicios de saneamiento en su domicilio por primera vez (SUNASS, 2015a, p. 19).

Resulta, entonces, que las inversiones anuales ejecutadas por SEDAPAL no son suficientes para cubrir el requerimiento del próximo quinquenio. La brecha de inversión es de 845 millones de soles anuales y equivale al 60,5% del presupuesto público del Sector Saneamiento del 2015 (S/ 1396 MM, MEF). Es necesario buscar otras fuentes de financiamiento y mejorar en gestión drásticamente. En resumen, SEDAPAL solo cubre el 32% del requerimiento de inversión.

Aun si SEDAPAL destinara toda su utilidad para cerrar la brecha de inversión, esta no sería suficiente para cubrir la inversión requerida. De las utilidades netas registradas anualmente durante el período 2009-2015 (Tabla 3), la utilidad promedio anual (sin considerar la pérdida del año 2011) es de S/ 175,2 MM.

Tabla 3

Evolución de la utilidad neta en SEDAPAL, 2009-2015

Año	Utilidad neta (S/ MM)
2009	224,9
2010	59,5
2011	−436,7
2012	131,7
2013	235,7
2014	261,1
2015	138,4

Nota: Tabla elaborada con datos de la Bolsa de Valores de Lima (2016).

Es por ello que SEDAPAL ha venido incorporando inversiones privadas para el financiamiento del diseño, construcción, operación y mantenimiento de proyectos de saneamiento, es decir, tanto para el abastecimiento de agua potable como el tratamiento de aguas residuales, tal como se observa en la Tabla 4. El monto total de inversión privada desde el año 2009 asciende a S/ 3652 MM.

Tabla 4

Inversiones privadas en SEDAPAL bajo concesión

Año de concesión	Obra	Plazo de concesión	Inversión S/ MM	Estado actual
2009	Derivación Huascacocha	20 años	309,1	En operación
2009	PTAR Taboada	25 años	416,6	
2010	PTAR La Chira	25 años	305,5	Por inaugurar
2013	PROVISUR	25 años	343,0	Próxima construcción
2015	Obra de Cabecera y Conducción	30 años	2040,0	En proceso de promoción
2015	Regulación río Chillón	20-30 años	238,0	

Nota: Tabla elaborada con datos de SEDAPAL y PROINVERSIÓN.

Es importante señalar también que, en el año 2015, SEDAPAL registró gastos operacionales por S/ 991 MM, de los cuales el 68% se destinó al pago de servicios a terceros, con S/ 673 MM, así como el 64% de los gastos en la gestión comercial corresponden a pago a terceros (el 36% del pago es destinado al personal de SEDAPAL).

Tabla 5

Gastos Operacionales en SEDAPAL, 2015

	Fuentes de agua	Producción de agua	Distribución y recolección	Tratamiento de aguas residuales	Gestión de proyectos y obras[a]	Gestión comercial[b]	Total S/ MM
Consumos	0,03	38,73	8,18	5,31	0,33	0,82	53,40
Gastos de personal	0,67	22,34	88,64	9,57	21,20	60,93	203,35
Servicios de terceros	46,76	95,48	287,47	124,53	4,92	113,93	673,10
Tributos	9,52	4,68	6,71	4,88	0,24	0,26	26,28
Cargas diversas de gestión	1,06	3,68	27,34	1,34	0,28	0,89	34,59
Total S/ MM	58,04	164,90	418,35	145,63	26,97	176,84	990,72
Participación ST[c]	80%	58%	69%	85%	18%	64%	68%

Nota: Tabla elaborada con datos del plan operativo 2015 de SEDAPAL, Cargas por Naturaleza a diciembre 2015.

[a]La «Gestión de proyectos y obras» no considera los gastos de inversión.

[b]Incluye micromedición y servicios colaterales.

[c]Participación porcentual del rubro «Servicios de terceros» respecto al total por tipo de gasto.

Visto a través de los procesos de la cadena de valor, que se inicia con la captación del recurso hídrico, luego sigue con su tratamiento y almacenamiento, después con la distribución y comercialización, y culmina con el tratamiento y disposición final de las aguas residuales, se recurre a terceros en los puntos críticos para asegurar la prestación de los servicios. La realización de cada etapa se muestra en la Tabla 6.

Tabla 6

Actores en la cadena de valor de SEDAPAL

Proceso	SEDAPAL	APP / Contrata
Captación, tratamiento	Planta Atarjea	Planta Chillón
	Planta Huachipa 1	
Almacenamiento	19 lagunas y 2 represas en Marcapomacocha, Santa Eulalia y San Mateo	Represa Huascacocha
Distribución, alcantarillado, comercialización	Área Comercial: más de 550 personas	03 SIAC[a]
Depuración, disposición	21 PTAR	PTAR Taboada
		PTAR La Chira

Nota: Tabla elaborada con datos del plan operativo 2015 de SEDAPAL.
[a]Contratos privados por Servicio Integral de Administración Comercial.

3.3.2. Captación, tratamiento y almacenamiento.

Con respecto a la producción de agua potable con fuente superficial, las plantas Atarjea y Huachipa producen el 95% del total, en tanto que el 5% restante lo produce la planta Chillón. En lo que se refiere a almacenamiento, el conjunto de lagunas y represas cubre el 76% del total, la represa Huascacocha permite almacenar el 24% restante (SEDAPAL, 2014).

El desafío para SEDAPAL no solo es atender la demanda actual de los servicios de agua, sino además prever con anticipación el crecimiento poblacional, pues Lima requiere de 847 millones de m^3 de agua para abastecer a la población con un servicio de 24 horas y conexiones domiciliarias, por lo que existe una brecha de 134 millones de m^3 (Figura 2). Esto plantea diversos retos: o se desaliniza agua del mar, tecnología que recién se va a aplicar para los distritos de Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo y Santa María del Mar los próximos meses (Proyecto PROVISUR), o se «trasvasa» agua dulce de la vertiente del Atlántico.

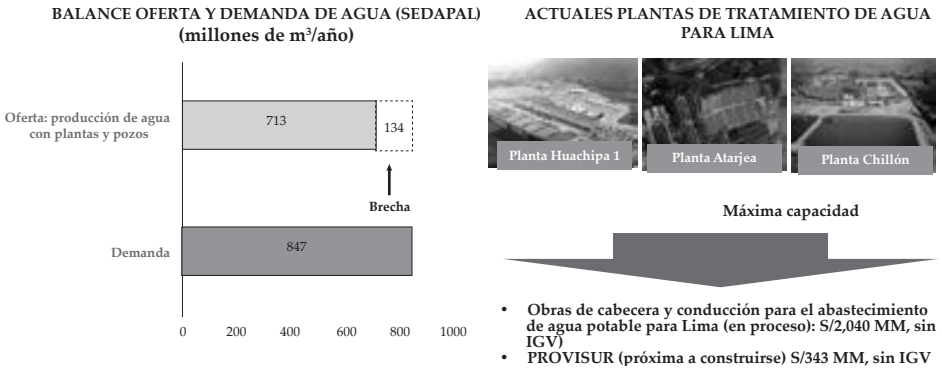


Figura 2. Brecha de agua potable en Lima. Elaboración propia con datos de SEDAPAL y la Evaluación Financiera y Presupuestaria al IV Trimestre 2015 (FONAFE).

Es necesario realizar inversiones que permitan mejorar la producción y recargar el acuífero. Por ello, se promovió el proyecto de Obras de Cabecera y Conducción, que demandará una inversión de S/ 2040 MM e implica la ejecución de seis obras: recrecimiento de las presas de Pomacocha y Huallacocha Bajo, un túnel trasandino de 10 km para llevar agua desde Pomacocha hasta el río Blanco, la planta de agua Huachipa II para producir 155 millones de m^3, dos reservorios de agua tratada y siete reservorios de compensación (PROINVERSIÓN). Además, el proyecto PROVISUR permitirá que cuatro distritos del sur de Lima cuenten desde el 2017 con agua potable y alcantarillado de manera continua (todos los días y durante las 24 horas), con una inversión de S/ 343 MM.

Esta situación se agrava porque el consumo de agua en Lima está por encima del promedio recomendado por la Organización Mundial de la Salud (Howard y Bartram, 2003, p. 22), debido a la falta de cultura en el uso responsable del agua y a una ineficiente gestión preventiva y correctiva de fugas, lo que exige mayor inversión para cerrar brechas.

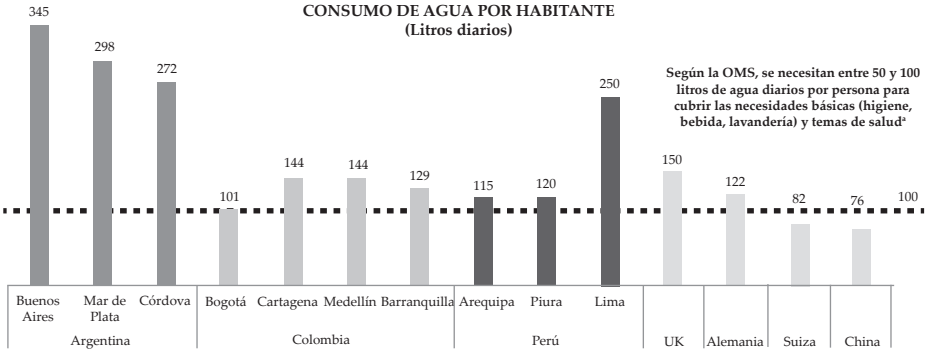


Figura 3. Consumo de agua por habitante. La figura fue elaborada con los datos de ADERASA, SEDAPAL, UNESCO, OECD y la Asociación Alemana de Recursos de Energía y Agua (BDEW) (2011-2013).

[a] Howard, G., y Bartram, J. (2003). Domestic water quantity, service level and health. World Health Organization, 22.

3.3.3. Distribución, alcantarillado y comercialización.

Actualmente la distribución, alcantarillado y comercialización en SEDAPAL se realiza a través de la contratación de servicios de terceros —tres contratos de Servicio Integral de Administración Comercial (SIAC)— para la zona norte, centro y sur. Los contratos incluyen adquisición e instalación de medidores, actividades comerciales como lectura de medidores, inspecciones, distribución de recibos de cobranza, mantenimiento preventivo y correctivo del parque de medidores. Dichos contratos por un plazo de tres años totalizaron S/ 538,3 MM, lo que representó el 64% del gasto en gestión comercial de SEDAPAL.

En la Tabla 7, se muestran algunos indicadores de gestión: «micromedición», cuyo comportamiento no fue sostenido, y «agua no facturada», cuyo nivel subió en el último año. Sin embargo, la eficiencia de estos servicios puede ser incrementada.

Tabla 7

Indicadores de gestión

Años	Micromedición[a] (%)		Agua no facturada[b] (%)		Conexiones activas de agua potable[c] (%)		Continuidad (horas/día)	
	Meta	Ejecución	Meta	Ejecución	Meta	Ejecución	Meta	Ejecución
2012	82,1	81,5	31,6	30,8	95,2	95,7	21,8	21,9
2013	82,1	82,5	31,0	28,9	95,8	95,7	21,8	21,9
2014	83,3	82,5	30,6	29,1	95,8	95,8	21,8	21,6
2015	88,9	83,6	29,1	29,8	96,1	96,1	21,9	21,7

Nota: Tabla elaborada con los datos de los planes operativos de SEDAPAL del 2012, 2013, 2014 y 2015 (SEDAPAL, 2012-2015).

[a]Micromedición: Conexiones de agua potable con medidor/Conexiones totales en agua potable.

[b]Agua no facturada: (Volumen producido-Volumen facturado)/Volumen producido.

[c]Conexiones activas de agua potable: Conexiones facturadas/Conexiones total catastro.

En Lima y Callao, alrededor de 200 mil hogares no cuentan con conexión domiciliaria de agua potable y más de un millón carecen de alcantarillado (SUNASS, 2015a). Asimismo, existen sectores en las zonas periféricas de Lima que tienen menos de seis horas de agua al día.

Esta falta de cobertura de servicios de agua genera sobrecostos que son trasladados a los usuarios más pobres. Un hogar limeño sin acceso a agua por red pública, y que consume 160 litros diarios, paga S/ 720 más por año que un hogar conectado a la red de SEDAPAL. El ahorro anual de acceder a red pública equivale a casi una remuneración mínima vital (RMV).

Tabla 8

Comparativo de gasto promedio por consumo de agua

Provisión de agua	Consumo diario[a]	Tarifa	Gasto promedio mensual
SEDAPAL	160 litros	S/ 2,49 por m^3 [b]	S/ 12
Camión cisterna	160 litros	S/ 15,00 por m^3	S/ 72

Nota: Tabla elaborada con los datos del estudio de Directo Marketing - SUNASS, de mayo 2015 (SUNASS, 2015b).

[a]Cálculo estimado para los siguientes distritos de Lima y Callao: Ate, Carabayllo, Chorrillos, Comas, Lurín, Puente Piedra, San Juan de Lurigancho, San Juan de Miraflores, San Martín de Porres, Ventanilla, Villa el Salvador y Villa María del Triunfo. Considera que las viviendas sin acceso al agua por red pública consumen 160 litros diarios.

[b]La tarifa empleada corresponde a la categoría Residencial/Social. Incluye IGV y Cargo fijo. Resolución 022-2015-SUNASS-CD.

Como se aprecia, contar con acceso a la red pública de SEDAPAL representa un ahorro de S/ 60 por mes, y se suman otros beneficios como la mejora de la calidad del agua a consumir (menos riesgo para la salud) y el ahorro en el tiempo empleado para trasladar el agua desde los camiones cisterna hasta la vivienda, que es de 35 minutos diarios en promedio (lo que también es un ahorro equivalente a S/ 54 mensuales, si se tiene como referencia la RMV).

En Lima, el negocio privado de abastecimiento de agua vía cisternas asciende a S/ 130 MM, cálculo que incluye un total de 150 255 familias atendidas por cisternas distintas a SEDAPAL con un pago de S/ 864 anuales (según la SUNASS, existen 200 221 familias que requieren 11 532 744 m^3, de los cuales el 25% es atendido con camiones cisternas de SEDAPAL).

3.3.4. Depuración y disposición.

En lo que se refiere a las aguas residuales, hasta el 2013 solo la mitad era tratada por SEDAPAL. En el 2014, sumándose la concesión PTAR Taboada, se logró tratar el 74% del agua residual. En el 2016, con la puesta en marcha de la concesionada PTAR La Chira y el Colector Centenario, se tratará el 92,4% de las aguas residuales de Lima.

Tabla 9

Volumen tratado de aguas residuales 2010-2016

Año	Volumen (millones m^3)	Inicio de operaciones
2010	87	
2011	88	
2012	85	
2013	207	PTAR Taboada
2014	409	
2015	434	
2016[a]	524	PTAR La Chira

Nota: Tabla elaborada con datos de SEDAPAL.

[a]Estimado 2016 corresponde a 12 meses.

Cabe mencionar que del volumen total de aguas residuales tratadas (524 millones de m^3), las PTAR Taboada y La Chira tratarán alrededor del 80%, y el 20% será realizado por las 21 PTAR administradas por SEDAPAL.

3.3.5. Mejora de la gestión privada existente en SEDAPAL. Propuestas de APP-IPA para la mejora de la gestión integral técnico-comercial de SEDAPAL.

El siguiente paso, mejorar la gestión privada que existe en SEDAPAL, debe orientarse hacia una gestión por resultados con indicadores, al pago por cumplimiento de metas, desarrollando una visión integrada de la gestión técnico-comercial.

Como ya se mencionó, actualmente existen tres contratos SIAC, por lo que la estrategia propuesta consiste en migrar de un esquema de contratación de servicios de terceros en la distribución, alcantarillado y comercialización, a un esquema de contrato por resultados que mejore la eficiencia de la gestión técnico-comercial de SEDAPAL, sin el incremento de tarifas ni despidos masivos.

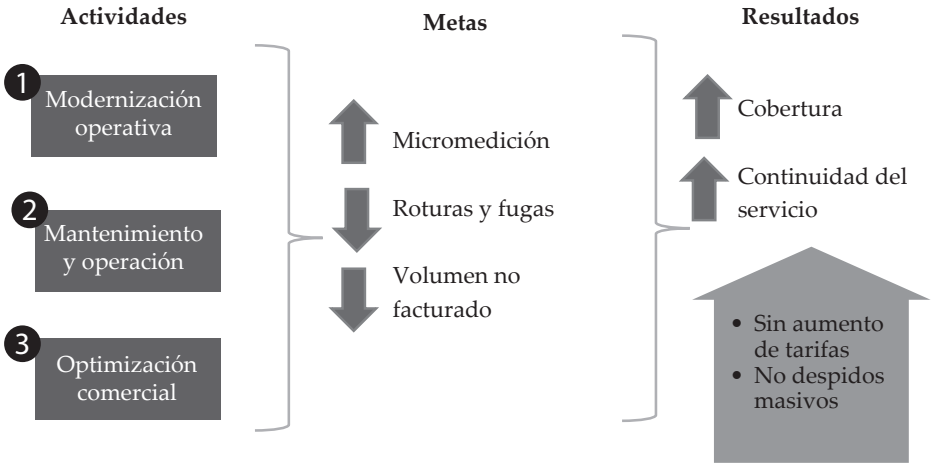


Figura 4. Detalle de la estrategia. Elaboración propia.

Lograr estos resultados requiere no solo el esfuerzo de SEDAPAL, cuya gestión en inversiones no podría cubrir con su propia capacidad los requerimientos futuros. Incrementar la eficiencia significa —en pocas palabras— mayores ingresos para invertir en infraestructura y mayor margen de ganancia para el privado. Entonces, una APP nos acerca a esta solución de largo plazo. El «equilibrio» estará en determinar la proporción que se destine para cada propósito. Para ello, será PROINVERSIÓN el que, a través de un asesor de transacciones, proponga lo que se destinará a inversiones.

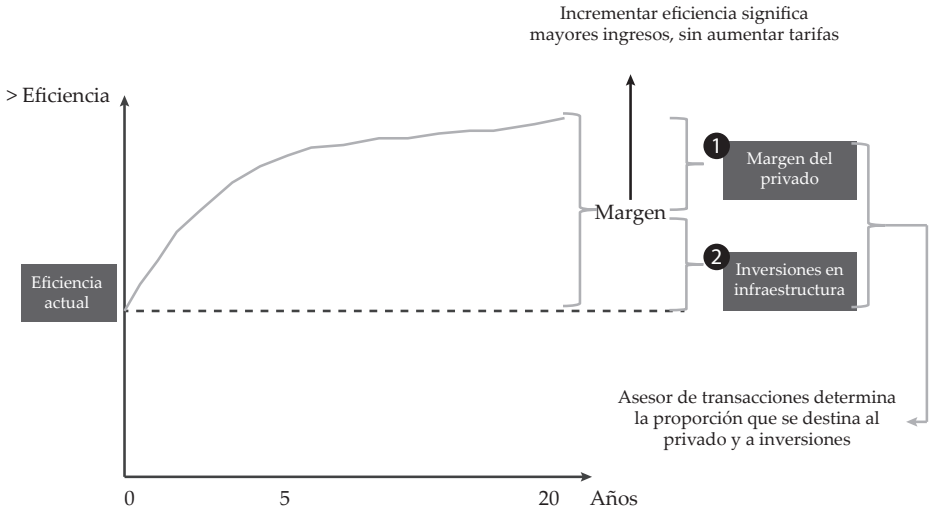


Figura 5. Posibilidad de APP en SEDAPAL. Elaboración propia.

Para optimizar los procesos de operación, mantenimiento y comercialización, e incrementar la calidad del servicio de agua potable y saneamiento (cobertura y continuidad) en Lima y Callao, se requiere realizar actividades de modernización operativa, mantenimiento y operación, y optimización comercial. El esquema de contrato por resultados propuesto superaría las metas planteadas para el próximo quinquenio por SEDAPAL, sin incrementos tarifarios.

Tabla 10

Metas para la gestión por resultados

	Indicadores SEDAPAL 2015	**Metas PMO 2015-2020**	**Metas APP**
Micromedición[a]	88,5%	97%	100%
Volumen no facturado	29,8%	27,2%	15%
Cobertura[b]	96,1%	96,42%	100%
Continuidad del servicio (horas)	21,7	22,0	24,0
% incremento tarifa agua		Año 1: 8,2% Año 3-5: 6%	0%
% incremento tarifa alcantarillado		Año 1: 11,8% Año 3-5: 15,4%	0%

Nota: Tabla elaborada con datos de SUNASS (2015a): Estudio Tarifario: Determinación de la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión aplicables a la empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL S.A.) para el quinquenio regulatorio 2015-2020.

[a]Catastro de conexiones con medidor/Conexiones totales catastro de agua potable.

[b]% Conexiones activas de agua = Conexiones facturadas/Conexiones total catastro.

Para lograr la mejora de la eficiencia de la gestión técnico-comercial de SEDAPAL, se han presentado tres Iniciativas Privadas Autosostenibles (IPA) a PROINVERSIÓN, a saber:

- Gestión integral de las actividades comerciales y operativas de los sistemas de agua potable y alcantarillado en Lima Norte.
- Gestión integral técnico-comercial de la Zona Centro de SEDAPAL.
- Inversión y provisión de servicios de saneamiento en los distritos de la Gerencia Sur de SEDAPAL - Agua Lima Sur.

Los beneficios de estas iniciativas para los usuarios contemplan el mejoramiento del nivel de continuidad del servicio, derivado de la optimización de la micromedición.

Para el caso de SEDAPAL, significa la transferencia del riesgo de operación y mantenimiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado al inversor, el incremento de la cartera de usuarios, y la disminución de las pérdidas de agua ocasionadas por el deficiente estado de la infraestructura y por actos fraudulentos por parte de usuarios (conexiones clandestinas).

No se puede privatizar un recurso natural como el agua. De lo que se trata es de mejorar la gestión de la empresa en los componentes críticos que aseguren la continuidad y calidad del servicio.

3.3.6. Qué hacer para mejorar la gestión de proyectos.

En SEDAPAL existen proyectos en desarrollo cuya ejecución contribuirá significativamente a ampliar la cobertura del servicio de agua potable y, con ello, acortar la brecha. Tales son los casos del mismo PROVISUR, el Macroproyecto Pachacútec en Ventanilla, el de Nueva Rinconada en San Juan de Miraflores-Villa María del Triunfo-Villa El Salvador, por citar los más importantes (solo estos tres proyectos representan más del 70% en ampliación de cobertura respecto a la brecha).

Tabla 11

Proyectos en curso para ampliar servicios de agua

Proyecto	Distrito	Población beneficiaria	Cobertura respecto a brecha
Nueva Rinconada	V.M. del Triunfo, S.J. de Miraflores, VES	541 566	54%
Macroproyecto Pachacútec	Ventanilla	184 968	18%
APP PROVISUR	Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo, Santa María del Mar	100 000	10%
Cajamarquilla (Redes)	Lurigancho, San Antonio de Huarochirí	79 920	8%
Nicolás de Piérola	Ate Vitarte	33 553	3%
Esquema Chuquitanta	San Martín de Porres	25 985	3%
Ermitaño-Independencia	Independencia	21 947	2%
		987 939	98%

Nota: Tabla elaborada con los datos del plan operativo 2015 de SEDAPAL.

En este contexto, la importancia de la administración y seguimiento de estos y otros proyectos se hace no solo imprescindible, sino también crucial, tanto por la creciente demanda como por el crecimiento poblacional de Lima.

Para este cometido, sería relevante la creación de una unidad especializada independiente, con participación de la SUNASS, FONAFE y del Ministerio de Economía y Finanzas, integrada por profesionales altamente capacitados y remunerados acorde al mercado, para la administración de cada uno de estos proyectos y atención a los *stakeholders*. Este mecanismo de articulación y coordinación

permitirá acercarse al 100% de cobertura respecto de la brecha del servicio de agua potable y alcantarillado en menos de cinco años.

4. Conclusiones

En el último quinquenio, el Gobierno ha venido estableciendo medidas normativas para el fortalecimiento de la rectoría en saneamiento. La promulgación de la Ley n.º 30045, LMSS, y el Decreto Legislativo n.º 1240 son ejemplos de ello. En especial, este último instrumento normativo ha establecido los lineamientos para la modernización del Sector Saneamiento a nivel nacional.

No obstante, se debe trabajar con todos los involucrados (Gobierno Nacional, OTASS, EPS, SUNASS y gobiernos regionales y gobiernos locales) para aunar esfuerzos para lograr que toda la población cuente con servicios de agua potable y saneamiento de calidad y sostenibles.

Un ejemplo de modernización es SEDAPAL, a través de sus APP, que han permitido una inversión cercana a los S/ 1400 millones, en beneficio de la ciudad de Lima.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas. (25 de setiembre del 2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (A/RES/70/1). Recuperado de http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf

Bolsa de Valores de Lima. (2016). Información financiera de SEDAPAL. Recuperado de http://www.bvl.com.pe/inf_financiera70340_U0VEQVBCQzE.html#

Congreso del Perú. (1994). Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento. Lima: Congreso de la República del Perú.

Congreso del Perú. (2013). Ley 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento. Lima: Congreso de la República del Perú.

Dumler, F. (2016). Formulación de Estrategias que Garanticen el uso Sostenible. El Agua en la Próxima Década. *Strategia*, *10*(41), 96-109. Lima: CENTRUM Católica Graduate Business School.

Howard, G. y Bartram, J. (2003). Domestic Water Quantity, Service Level and Health. Suiza: World Health Organization. Recuperado de http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf

Ministerio de Economía y Finanzas. (2016). Consulta Amigable. Recuperado de http://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx?y=2015&ap=ActProy.

Poder Ejecutivo. (1981). Decreto Legislativo n.º 150. Lima.

Poder Ejecutivo. (1992). Decreto Ley n.º 25965. Lima.

Poder Ejecutivo. (2015). Decreto Legislativo n.º 1240. Lima.

Poder Ejecutivo. (2016). Decreto Supremo n.º 013-2016-VIVIENDA. Lima.

PROINVERSIÓN. (2016a). Cartera de Proyectos en Saneamiento. Recuperado de http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaProyectosResumenes.aspx?are=0&prf=2&jer=5527&sec=24

PROINVERSIÓN. (2016b). Cartera de Proyectos en Saneamiento. Obras de Cabecera y Conducción para el abastecimiento de agua potable para Lima. Recuperado de http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaProyecto.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=5830&SEC=22

PROINVERSIÓN. (2016c). Proyectos de Iniciativa Privada Autosostenible. Recuperado de http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaProyecto.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=5830

SEDAPAL. (2014). Memoria Institucional 2014. Recuperado de http://www.sedapal.com.pe/c/document_library/get_file?uuid=db59a-2fa-3014-4fae-92e8-d7ac30aeb5c9&groupId=1593749

SEDAPAL. (2012-2015). Planes Operativos 2012, 2013, 2014, 2015. Recuperado de http://www.sedapal.com.pe/portal-transparencia

SUNASS. (2015a). Estudio Tarifario: Determinación de la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión aplicables a la empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL S.A., para el quinquenio regulatorio 2015-2020. Recuperado de http://www.sunass.gob.pe/websunass/index.php/eps/estudios-tarifarios/cat_view/419-regulacion-tarifaria/28-estudios-tarifarios/301-finales/455-lima

SUNASS. (2015b). Estudio Directo Marketing.

SUNASS. (2015c). Nota de Prensa n.º 195-2015. Recuperado de http://www.sunass.gob.pe/doc/NotasPrensa/2015/enero/np195_2015.pdf.

SUNASS. (2015d). Nota de Prensa n.º 161-2015. Recuperado de http://www.sunass.gob.pe/doc/NotasPrensa/2015/enero/np161_2015.pdf.

INTERNATIONAL ECONOMIC LAW MIGHT IMPROVE WATER GOVERNANCE IN PERU

*Christian Häberli**
University of Bern | Switzerland

This book sheds new light on the well-known and often debated fragmentation between human rights and water and investment law. In this chapter we ask whether it has been exacerbated by the protection offered to foreign investors under Peru's recently signed regional trade agreements (RTAs) and under World Trade Organization (WTO) rules, two sets of rights and obligations enforceable under their specific dispute settlement procedures. Does this mean that foreign operators can negotiate water rights at the expense of local users with a government that is hungry for economic growth, foreign direct investment (FDI), and foreign exchange?

We try to show that economic treaties could actually contribute to improving water governance in Peru. Trade-distorting social and environmental dumping can now be addressed under the new, comprehensive treaties. This means that, regardless of the relative economic impact of different water uses, Peru can no longer trade away its international obligations by condoning "water grab" investments and violations of fundamental human rights and environmental norms. The only caveat is the unilateral smell of even well-meant standards which are "made in Washington". At the multilateral level, the WTO does not prevent self-discrimination (e.g. through incentives for foreigners only), but it ensures non-discriminatory treatment of all foreign operators. Hence traders and investors can still trust arbitrators to safeguard their legitimate interests. But neither RTAs nor the WTO will systematically protect investment treaties and contracts with "regulatory freeze" clauses in cases of serious violations of peremptory social and environmental law (so-called *ius cogens*), including water grabbing. Moreover, developing countries accepting higher standards in bilateral or mega-regional treaties can count on their developed trading partners to enforce equivalent standards in countries with competing producers.

* http://unibe-ch.academia.edu/ChristianH%C3%A4berli

1. Introduction

Demand for fresh water is increasing everywhere. However, availability and quality are diminishing in many parts of the world. Climate change, demography, overfishing, increasing trade in "virtual water" (contained in traded agricultural goods) and other structural developments contrive to the making of a "perfect storm" for which developing countries are especially ill-equipped.

Peru is recognised as an extreme case of water scarcity where most of its people live, while water is more than abundant where human, agricultural and industrial use is lowest. Stakeholders range from urban and rural consumers without tap water to miners and manufacturers looking for the world's best and legally secure locations, and from small and often water-inefficient farmers to hi-tech cash crop producers in the Peruvian coastal desert. In addition, environmentalists claim a protected water share for nature and biodiversity.

Lawyers try to prioritise water rights according to their own, often fragmented, perspectives. Economists try to solve the conundrum with scientific allocation criteria, industrial and management policies, and market mechanisms. Technology and engineering progress increase productivity and yields — but without solving shareholder interest conflicts, financial resource constraints and safeguarding public interests. Policy-makers having to respond to different objectives and constituencies are wondering which advice to take and from whom.

Can the scholarship square the circle?

This chapter is written from a legal perspective. In the same vein as the rest of this book, it asks whether and how the right to water conflicts with the right to (foreign or national) investment: What rights? For which users? How can we assess those rights, enshrined as they are in international treaties and in constitutional law, independently of their normative value and differing enforcement possibilities?

The hypothesis here is that under specific conditions, international economic law (IEL) is a so far neglected avenue which might actually lessen policy and regulatory fragmentation and contribute to better water governance at the national level, particularly in Peru. The chapter starts with the various sources of public and private international law and discusses the various state and non-state actors involved in relevant recent cases. It concludes that even under asymmetric information and bargaining strengths trade-distorting "water grabbing" can be prevented below a *nec minus* or bottom line which is about to become enforceable in Peru as well.

2. Recent Experiences with Social and Environmental Norms in Economic Treaties

2.1. Sources of international law.

Numerous sources of international law contain principles and obligations relevant for national and international water governance, both under customary international law (for example, the prohibition of slavery — but not necessarily any kind of forced labour), globally accepted minimum standards (including peremptory

norms known as *ius cogens*, further discussed below), and international treaties. Various United Nations (UN) Conventions on the Right to Food and Water contain positive obligations, without being limited to the national level or to host states (Meshel, 2015, p. 284). The same goes for regional treaties, such as the Andean Community with its own Court of Justice. Bilateral treaties regulating water rights are mainly found between countries along international waters. Others contain obligations and mutual admonitions to maintain and improve environmental and social standards. They also reflect the "first of all do no harm" principle already found in customary international law (CIL) and in the UN Social Compact : *primum non nocere* i.e. the obligation of all states to prevent predatory behaviour abroad of their citizens and firms and, at the very least, not to lower such standards in order to improve productivity and competitiveness ("race to the bottom").

How does this work for water, particularly in a country like Peru where conflicts frequently occur at local, regional and national levels, at times with international operators? Such conflicts entail considerable costs and economic losses, as in the Santa Ana Project where a USD 71 million investment was "delayed by communities fighting to protect local water supplies from pollution" (OECD, 2015a, p. 107).

Coherence, obviously, is difficult for a multitude of international norms with widely differing objectives — even when they are adopted by the same governments, especially under widely differing dispute resolution systems. Hence the need for an overarching rules interpretation system that avoids rule conflicts as much as possible. Precisely because of this pluralism of regulatory authority, the scholarship generally agrees that adjudicators in international courts and arbitration proceedings "employ teleological interpretive approaches" (Foster, 2014, p. 360). As will be shown in Sub-Section 1, the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) contains the treaty interpretation rules mandatory for all its signatories, including international tribunals and WTO adjudicators.

This chapter looks at both types of international economic law (IEL) instruments: bilateral/regional and multilateral. The former can perhaps show a new way for better governance. The latter will perhaps not prevent it. Both can be relevant for water allocation and water disputes.

(1) Peru has concluded two Regional Trade Agreements (RTAs) with comprehensive and ambitious provisions for measures with a direct or indirect trade impact, including mandatory environmental and social provisions and new compliance procedures (Sub-Section 2).
(2) This raises the question in Sub-Section 3 whether the non-discrimination rules of the World Trade Organization (WTO) only help to ensure that foreigners shall not be treated less well than nationals? Worse, can these rules, depending on how they are interpreted, prevent non-trade considerations from overriding trade disciplines and commitments? In other words, would a WTO adjudicator protect a country trying to improve the productivity of its copper mines by waiving its own

> environmental and social standards against a complainant arguing that such measures are unfairly distorting trade? Is there a bottom line stopping traders and investors from hiring small children or causing irreversible deforestation?

Some provisions discussed here are behavioural obligations for treaty partners — i.e. host and home states — as well as for their traders and investors. These provisions, in turn, can be seen as containing private international law, applying it for instance to investment contracts between governments and foreign investors. Others introduce investor-state dispute settlement (ISDS) mechanisms. Last but not least, many treaties with developing countries comprise official development assistance (ODA) chapters which are not only binding for joint development programmes but are also mandatory guidelines for (water) governance in public-private partnerships (PPP). ODA in foreign direct investment (FDI) projects is an important element when it (co-)finances infrastructure such as irrigation channels, roads, hospitals and schools in the project area. It has also been argued that IEL treaties enjoin home and host states to abstain from condoning or supporting "water grabbing" by their investors (Cotula, 2014, pp. 8-9). In addition, home state responsibility arguably extends to their credit financing in investment projects and to their role as board members of international financial institutions (IFI) such as the World Bank (IBRD) or the Inter-American Development Bank (IDB) (Häberli and Smith, 2014, p. 207).

It should be pointed out that the legal developments described hereafter are trade-and investment-related and therefore go beyond the classic exclusively human, social and environmental rights law instruments and guidelines for corporate social responsibility (CSR). Both avenues — RTA and WTO — are not without their own problems: RTAs, especially those with the USA or the EU as a partner, seem to show a way out of fragmentation but retain a flavour of unilateralism (Sub-Section 2). The overarching non-discrimination rules of the WTO may actually block even well-intentioned attempts to prevent a "race to the bottom" on the back of trade liberalisation (Sub-Section 3).

The difficult search for scientific allocation methods and, even more, for a regulatory bridge between water and investment rights is far from being concluded (Section 3). Legally binding rulings under international economic treaties are still outstanding, and the USA and the EU as the two main "treaty drivers" are yet to come out clearly in their use of such treaties to address trade distortions by so-called "eco-" and "socio-dumping". Hence the conclusions on a possible way forward remain necessarily tentative and inherently fragmented (Section 4).

2.2. Regional trade agreements as instruments against "regulatory freeze".
For decades, RTAs in their various forms were only about tariffs and other border measures. Similarly, bilateral investment treaties (BITs) used to basically protect foreign investor interests. Following the example of the WTO, which in 1995 established new rules and disciplines deep into the domestic policy space of its Mem-

bers, the world's largest import markets of the USA and the EU started to include chapters on trade-related aspects of investment, intellectual property protection and competition. Going beyond the WTO, they even incorporated environmental and social standards in their treaties. Moreover, despite being essentially intergovernmental treaties, these comprehensive agreements now typically comprise even ISDS, a mechanism previously "hidden" in separate BITs with little if any transparency, institutional set-up, and case law significance. Even so, where the RTAs include international investment law (IIL) provisions, they may subject the *right to invest* to local environmental and social conditions — or, on the other side, condone their waiver by investment contracts with the host state. Tamar Meshel (2015) shows that investment arbitration tribunals recognise "the interconnectedness between human rights and foreign investment protection and that the former can, and should, inform the latter" (p. 277). This would mean that investment contracts disregarding water rights are not enforceable by ISDS under a RTA with a specific reference to public international law (PIL). Nevertheless, in respect of the human right to water "arbitral tribunals have been reluctant to address these arguments on their merits or pronounce on their effects on States' investment obligations" (Meshel, 2015, p. 283).

Initially, especially labour and environmental provisions in those RTA were of limited normative value. They were either confined to the preamble, or in separate chapters excluded from the enforcement mechanisms established for trade rules. The first RTA with dispute settlement provisions allowing even for consultative participation by non-governmental advocates was the North-American Free Trade Agreement (NAFTA), albeit so far without relevant water case law. The formulation and effective implementation of more stringent rules took a long time, and the Guatemala case described hereafter is the only example where a RTA party, in fact the USA, resorted to actual litigation against a measure it considered as a trade and investment distortion in violation of a labour standard provision.

In this respect, the objective of these treaties is to avoid preferential trade distortions by way of social or environmental dumping, if necessary by the more or less judiciary dispute settlement procedures laid down in these new RTAs. How does that work in practice?

The only case actually nearing a ruling is about labour relations in Guatemala. It dates back to 30 July 2010 when the USA formally initiated consultations under the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (CAFTA-DR), arguing that Guatemala had breached its obligations under this agreement by failing to effectively enforce its own labour laws, through a sustained and recurring course of inaction concerning workers' right of association, the right to organize and to bargain collectively, and acceptable conditions of work. Furthermore, the US expressed concerns about labour-related violence, and initiated labour consultations between their respective Ministries of Labour. An arbitral panel was established on 9 August 2011, as well as an 18-point enforcement plan on 26 April 2013. In order to allow for the implementation of the enforcement plan, work of the arbitral panel was suspended during 34 months (in three in-

tervals) for further consultations between the parties. But on 18 September 2014, while acknowledging the important legal reforms adopted by the Government of Guatemala, US Trade Representative Michael Froman announced that the US was again proceeding with the labour enforcement case against Guatemala. A public hearing of the Arbitral Panel took place on 2 June 2015, with written submissions by eight non-governmental organizations (NGOs) and broadcast live via webstream by the Guatemalan Ministry of Economy. Further delays occurred with the resignation of a panel member in November 2015, but on 27 September 2016, the recomposed panel under the CAFTA-DR finally issued its (still confidential) "Initial Report" — six years after having been requested to do so by the United States Trade Representative (USTR).

Peru's social and environmental regulations and practices have been repeatedly criticised by different US Government agencies, trade unions and NGOs, alleging workers' rights violations, forced labour, exploitative child labour in mines and in agriculture and, more recently, illegal shipments of tropical timber. The US Government also claimed that Peru engaged in what is called a "regulatory freeze". It argued that the Humala Government offered to waive or to freeze social and environmental constraints for new investors, contrary to the terms and conditions of the United States-Peru Free Trade Agreement (PTPA). In two instances, it took concrete steps towards bringing a case under its trade agreements with Peru.

(1) The PTPA contains a separate chapter on labour, with a Labor Cooperation and Capacity Building Mechanism supervised by a Labor Affairs Council.[1] It also foresees that "to establish a violation under the TPA a Party must demonstrate that the other Party has failed to comply with its terms in a manner affecting bilateral trade or investment." The Labour Chapter further provides that "neither Party will waive or otherwise derogate from the statutes and regulations that implement this obligation nor fail to effectively enforce its labor laws in a manner affecting trade or investment between the Parties." Article 17.7 provides that "No Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for a matter arising under this Chapter without first seeking to resolve the matter in accordance with this Article." At the end of this process, an Arbitral Panel that finds a violation can authorise trade or monetary sanctions (Art. 21.15). In 2014 the US Department of Labor confirmed that "Peru made a significant advancement in efforts to eliminate the worst forms of child labor." But it still claimed that "children in Peru continue to engage in child labor, including in agriculture, and in the worst forms of child labor, including in commercial sexual exploitation. Peruvian law does not fully comply with international standards to protect children engaged in night work and hazardous work." On 14 October 2014 the RTA Parties "reaffirmed their commitment to continue cooperating in order to guarantee full implementation of the Labor

1 See PTPA-Articles 17.2.1(a) (freedom of association) and 17.3.1(a) (enforcement of labor laws).

Chapter" and that "convening a public session is an important mechanism to promote transparency and exchange information with the public." Paul Paredes, the attorney for the Peruvian National Union of Tax Administration Workers (SINAUT), had contributed to the original petition against labour compliance under the PTPA. In its public report under the PTPA dated January 2016, the US Department of Labor renewed its claim that the Government of Peru "has failed to meet its PTPA commitment to […] the right of freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining." A DOL official "pledged to keep the pressure on Peru to fix these shortcomings" and referred to the "strong labor and environmental standards" under the PTPA, as a means for "more open trade and investment" with Peru.[2]

(2) A second case, for the moment at an even earlier stage, started with a U.S. inter-agency report under the US-Peru FTA finding that significant portions of a Peruvian timber shipment to the Port of Houston were illegally harvested. In August 2015, the Office of the USTR announced that it was evaluating a potential case against Peru's environmental law changes.[3] In a high-level visit to Lima, the Obama Administration "enquired" whether such a "regulatory freeze" might violate provisions in the PTPA. On 17 August 2016, Nate Robson wrote that even after eight forestry operations lost their titles in sanctions by the Supervisory Agency for Forest and Wildlife Resources (OSINFOR), the US still demanded a meeting under the forestry annex of the FTA. According to Senate Finance Committee ranking member Ron Wyden, Peru needed to take additional actions against the illegal timber trade in order to enforce its own forestry laws: "Illegal timber costs American jobs and damages ecologically critical rainforest."[4] On 19 August 2016, the Environmental Investigation Agency (EIA) and the Sierra Club both welcomed these developments but urged Peru to take steps to improve oversight of its timber industry to ensure illegal shipments were seized before they leave port. Lisa Handy, senior policy adviser and forest campaign director for EIA criticised Peru's and the US Government's failure to enforce the "unprecedented" specific forestry provisions in the PTPA, seven years after its establishment.[5]

At this stage, nothing indicates whether and when the US Government will move to formal dispute settlement against what it considers as trade-distorting violations of the PTPA by Peru. But it seems obvious that a "regulatory freeze" might contravene social and environmental treaty provisions. Litigation procedu-

2 *World Trade Online* (1 November 2016).
3 Peruvian Government Suggests Labor Issues Could Be Part Of Larger Reform. *World Trade Online* (24 August 2016).
4 *World Trade Online* (17 August 2016).
5 Environmental Groups: Peru Timber Report A Good First Step; More Action Needed. *World Trade Online* (21 August 2016).

res foresee that "to establish a violation under the TPA a Party must demonstrate that the other Party has failed to comply with its terms in a manner affecting bilateral trade or investment." An arbitral panel finding a violation can then authorise trade or monetary sanctions.

Both cases in Guatemala and Peru indicate the sensitivity of establishing a formal link between trade, labour, and environmental issues. What is new is the close interaction, in both cases, between NGOs in both countries with their US counterparts which in turn coordinate their action with now three government agencies (Labor, State, and USTR). At the same time, the Obama Administration was well aware of these sensitivities and, at least for the time being, willing to give the new government under President Pedro Pablo Kuczynski a chance to reform its internal regulations. Whether and how this may change under the Trump Administration is unclear. What is clear, however, is that inaction even in extreme cases of socio- and eco-dumping erodes support for further trade liberalisation both in the US and in the European Parliaments. Moreover, such inaction may allow parochial domestic interests to prevail over the development objectives in Peru's trade relations.

As for the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPPA) — if it is ratified — the possible impact of its labour and environmental provisions in Peru remains to be seen. On the one hand, it is worth noting that other TPPA countries like Vietnam, Malaysia and Brunei Darussalam had to commit to higher labour standards for their exports to the USA. The resulting "peer pressure" is likely to look for a non-distorting labour standard bottom line applying to all TPPA trade and hence to also bring new wind into these matters in Peru. On the other hand, the environmental chapter in the TPPA only mentions forestry in two sentences.[6] According to Lisa Handy from the EIA, this could indicate that government commitments to pursue resource conservation under the future megaregional trade agreement might be even less forceful than under the PTPA.[7]

2.3. Would the WTO condone "regulatory freezes"?

The big question now is whether trade and investment incentives offered to foreign operators in violation of international human rights or environmental treaties would be protected in a WTO dispute?

At the outset it appears that the WTO has few investment disciplines other than non-discrimination. The so-called *national treatment* obligation provides that foreign goods and services shall not be treated less favourably than "like" domestic goods and services — and investments.[8] But there are no injunctions on how to allocate land, or water, to investors, producers, processors, and consumers. Moreover, there are no restrictions to self-discrimination: treating foreigners better

6 TPPA-Article 20.15 ("Transition to a Low Emissions and Resilient Economy") foreseeing *Areas of cooperation* including "addressing deforestation and forest degradation" — but without provisions on water governance.

7 See footnote 8 above.

8 See GATT-Article III, and TRIMS-Article 2.

than nationals is not an issue under WTO rules.

Despite the absence of formal investment law in the WTO, basically two questions must be discussed in this context: (2.3.1.) whether the national treatment obligation only prevents discrimination of foreigners, and (2.3.2.) whether public international law (PIL)/CIL can bring in the human and environmental rights dimension otherwise lacking in economic treaties.

2.3.1. National treatment only?

The first question which should be asked here is whether any WTO rules apply in cases where governments try to promote investments, for instance by offering certain incentives to a foreign investor (or trader), such as water rights at the expense of other parties, or working conditions equivalent to forced labour. Where such offers are made for an extended period of time, the host government takes a so-called "regulatory freeze" commitment.

The academic scholarship is unanimously averse to regulatory freeze clauses in investment contracts. In reality, things are more complicated.[9]

(1) In investment arbitration, the notions of *legitimate expectations* and of *fair and equitable treatment* seem to go a long way to protect even rogue investors. In its Model Bilateral Investment Treaty dated 2012 the US Government made a first attempt to address this issue.[10] Case law has only partly addressed the problem.[11] The CIL limits of good faith were tested in the NAFTA arbitration panel in *Glamis Gold*[12], supporting an earlier finding in the often-cited 1926 Neer arbitration whereby a state would only violate its "fair and equitable treatment" obligation towards the investor if its actions amounted to inter alia "an outrage to bad faith and to wilful neglect of duty."[13] Meshel (2015, p. 289) contends that for the expropriation claim involving public interest and the right to water in *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, "reliance on human

9 For a more complete discussion of the following summary, see Häberli and Smith (2014, p. 211).

10 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Annex A&B. Retrieved from https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf

11 For relevant awards see (i) Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID arbitration, Case ARB(AF)/00/2, Award (20 May 2003), (ii) Azurix Corp. v. Argentine Republic, and a comprehensive review of these issues, both referred to in Waste Management, Inc. v. United Mexican States, Final Award (30 April 2004). Retrieved from https://www.italaw.com/cases/documents/1161.

12 Glamis Gold, Ltd v. The United States of America, ICSID, Award (8 June 2003), paras. 21-24. Retrieved from https://www.italaw.com/cases/documents/505. This finding on the limits of *fair and equitable treatment* was severely curtailed in the NAFTA case Merrill and Ring Forestry L. P. v. The Government of Canada Award (31 March 2010), paras. 195-219. "No general rule of customary international law can thus be found which applies the Neer standard, beyond the strict confines of *personal safety, denial of justice and due process* [emphasis added]" (para. 204). Retrieved from https://www.italaw.com/cases/669

13 LFH Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States, 4 RIAA 60 (1926). Retrieved from http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf

right jurisprudence was limited to the interpretation of the investor's property rights and whether these were violated by Argentina's regulatory actions, and was not used to evaluate Argentina's human right to water defence."

(2) Similarly, in the WTO, let's assume that another government claims a WTO rules violation, arguing that these "freeze" commitments are in fact prohibited investment incentives or export subsidies. This would actually raise the question whether there are WTO limits to export-oriented investment promotion, not limited to national investors, and regardless of the specific circumstances in which such incentives are granted. Would an adjudicator then accept a complaint against host state promises to not increase (or to lower) social and environmental standards? What happens if a home state tries to protect its investors against "expropriation" by a successor government withdrawing such incentives, tax holidays, or preferential water rates?

A scientifically robust answer to these questions is hardly possible. Given the "export bias" implied in the WTO agenda (Kaufmann and Grosz, 2008, p. 106) there are legitimate doubts as to its capacity to ensure the sustainability of environmental and social policies and to prevent eco- and socio-dumping. A clarification can only be obtained by the WTO Membership, through negotiation (1), rules interpretation (2), exceptions (3), waivers (4), or litigation (5).

(1) Since the WTO's inception in 1995 there has never been a negotiation on such issues. In all PIL treaties, national sovereignty over natural resources comes first. Especially developing countries have consistently refused to address the trade and labour connection in the WTO. The possibility of a negative trade liberalisation impact on the environment, or on climate change mitigation, is very rarely alluded to in the WTO Committee on Trade and Environment.

(2) The exclusive authority to adopt a rules interpretation (or to propose amendments) for a decision aiming at more coherent water governance lies with the WTO Ministerial Conference or with the General Council.[14] The possibility seems remote to obtain such a decision before the shortcomings of the present rules become abundantly clear.

(3) The exceptions enshrined since 1947 in Article XX of the GATT allow deviating from any WTO rule based on environmental and social norms.[15] So far, however, there is no relevant case. Moreover, in only four cases a

14 WTO-Agreement, Articles IX:2 and X.

15 GATT-Article XX *inter alia* provides that countries can take any measure "necessary to protect human, animal or plant life or health" — subject to the requirement "that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade."

respondent invoked PIL to justify a WTO rules violation under the public morals exception (art. XX, a) — to no avail.

(4) MFN: only in extreme cases the WTO rules guaranteeing market access irrespective of origin can be suspended; the only example so far was the waiver allowing WTO Members to prohibit imports of "blood diamonds" from conflict areas (Petersmann, 2009, p. 81). Mary Footer (2010, p. 274) suggested that this waiver has the "exceptive character" of a decision which provides a remedy (against nullification and impairment of benefits) even in the absence of a right.[16]

(5) Litigation: none of the environment-related Panel and AB rulings are directly relevant here, applying for instance to "water grab" issues.

2.3.2. A role for public and for customary international law?

The second question then is whether WTO panels and the Appellate Body (AB) will take PIL and CIL into account when interpreting WTO rules in a case about water, as prescribed by the already mentioned VCLT. Indeed, the VCLT is quite clear when it provides the general rules and the supplementary means of treaty interpretation: Article 31 paragraph 1 foresees in relevant parts that a "treaty shall be interpreted in *good faith* [emphasis added] in accordance with the *ordinary meaning* [emphasis added] to be given to the terms of the treaty in their *context* [emphasis added] and in the light of its object and purpose." And for good measure, paragraph 3(c) specifies that the term *context* includes "*any relevant rules of international law* [emphasis added] applicable in the relations between the parties." As for interpretation in WTO litigation procedures, Article 3.2 of the DSU specifies that this is to take place "in accordance with customary rules of interpretation of public international law."

The problem which cannot be discussed in detail here is that few if any international standards and rules explicitly *mandate* countries to differentiate imports according to their production and processing methods. For reasons good or bad, WTO adjudicators — including the AB itself (when given a choice and assuming they saw the conflict) — have consistently and without a single exception preferred deference to WTO law over deference to "Vienna" and thus taken a dogmatic way out of interpretation quandaries, most notoriously in the *EC — Seals* case (Häberli, 2014). It should also be recognised that, unlike for issues such as slavery or animal welfare, water as both a public good and used for the production of merchandise like timber or asparagus is less likely to find protection under international treaty law.

16 Kimberley Process Certification Scheme for Rough Diamonds. General Council Waiver Decision of 15 December 2006, WTO Document WT/L/676 dated 19 December 2006. The waiver has been extended until 31 December 2018 by a decision of the General Council dated 11 December 2012, even though Zimbabwe had expressed concerns about "coercive measures taken by the US that have led to low prices for diamonds from Zimbabwe." See WTO Document WT/L/876 dated 14 December 2012.

Whether this deference to WTO law was in all cases justified cannot be discussed here. Actually, the "splendid isolation" of the WTO was even intended by the negotiators of the dispute settlement provisions of the GATT 1947 and 1994 who might have feared encroachment of non-trade rules into the carefully crafted balance of rights and obligations under the multilateral trading system. Article 3 of the Understanding on the Settlement of Disputes (DSU) emphasises the importance of dispute settlement when it states that it "serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with *customary rules of interpretation of public international law* [emphasis added]." But the same article adds in paragraph 2 that "[r]ecommendations and rulings of the DSB *cannot add to or diminish the rights and obligations* [emphasis added] provided in the covered agreements."

Does this mean the answer to the second question is that PIL can never trump WTO law in a judicial ruling — unless the rules are changed, or waived, by the competent regulatory authority i.e. the General Council?

My contention, absent a rules negotiation, interpretation, exception, exemption or revision, is that in a case of gross human or environmental rights violations, a WTO adjudicator may yet find that relevant PIL provisions can justify exceptions to the non-discrimination rules of the WTO. Basically, any WTO Member must be allowed to stop trade in goods and services produced in violation of *mandatory* PIL, also called *ius cogens*.

Indeed, Article 53 VCLT foresees that no treaty can conflict "with a peremptory norm of general international law." This means that even without a widely recognised definition of *ius cogens* there is a bottom line which adjudicators have to define and then apply to specific cases. The Appellate Body has never excluded that under VCLT-Article 31 *ius cogens* violations could justify import bans in a WTO dispute.

For social norms, Jeroen Denkers (2008, p. 210) suggests in his doctoral thesis that under WTO law a violation of such norms would not be sufficient to justify *eo ipso* import bans as countermeasures in response to labour rights violations. He argues that governments are entitled under PIL to impose countermeasures against another State only in cases of large scale violations of clearly peremptory labour standards.

The Myanmar forced labour case is the only one which extended to the first steps of WTO dispute settlement. On 21 October 1998 a WTO Panel was established at the request of the EU and Japan against the US in respect of a prohibition, by the State of Massachusetts, of government procurement contracts for companies doing business in or with Myanmar. This purchase prohibition by Massachusetts was based on allegedly massive human rights violations. This case was also the only one where an international quasi-mandatory injunction was adopted in order to secure adherence to its labour standards laid down in its conventions. Based on Article 33 of the International Labour Organization (ILO) Constitution, the International Labour Conference as its supreme body "invited" its tripartite members to "take appropriate measures to ensure that the said Milcember cannot

take advantage of such relations to perpetuate or extend the system of forced or compulsory labour referred to by the Commission of Inquiry, and to contribute as far as possible to the implementation of its recommendations."[17]

When a Federal court in the US struck down the Massachusetts state law on constitutional grounds, the WTO case was suspended *sine die* — without the adjudicators having to determine the relation between WTO law and labour standard violations by a reference to the meaning of *ius cogens* for the interpretation of WTO rules.

Such a scenario is hardly realistic for Peru today, probably even less for environmental complaints in the field of water. For the time being, international (tripartite) pressure by the US, with the cooperation of Peruvian labour interests, might lead to a prohibition of regulatory freezes. What matters for our analysis, however, is that these examples show possible limits under IEL for investment promotion at the expense of social or environmental interests. Trade disciplines in modern RTAs are no longer confined to classic forms of trade distortions by various types of subsidies, local content requirements and tax holidays. Such distortions can also arise, and be prosecuted without WTO rules necessarily protecting an offender, with socio- and eco-dumping measures, albeit only in the most serious cases falling under *ius cogens*.

3. A New Bridge Between Water and Investment Rights?

All *Jornadas de Derecho de Agua* have extensively if not exclusively dealt with water conflicts and regulatory responses, mainly at country levels but also under an international human rights perspective.[18] This Fourth Edition had as an overarching theme the fragmentation between the *right to water* and the *right to investment* (*trayectorias y perspectivas*).

What have we learnt? Of course, the dichotomy between human rights and economic law reflects pluralism of legal sources and policy fragmentation at the national level. Water rights, watershed payments, and land tenure, are often lacking coherence in similar ways. Allocation of water between urban and rural consumers is especially complex. Water for farming between small and poor but less efficient food crop producers and export-oriented cash crop farms would require additional consideration, and funding for infrastructure, especially in poor areas. This has also been highlighted by OECD (2015b):

> Poor infrastructure can leave people feeling dissatisfied with the state of their environment. This is particularly evident in Peru, where only 62% of individuals report that they are satisfied with the quality of the air, and 61% with

17 ILC Resolution 88 concerning the measures recommended by the Governing Body under article 33 of the ILO Constitution on the subject of Myanmar, Art.1(b)(i). Adopted on 14 June 2000 by 257 votes in favour, 41 against, with 31 abstentions.

18 Examples from Peru at the Segundas Jornadas de Derecho de Aguas were presented e.g. by Augusto Castro, Ana Leyva and Yury Pinto Ortiz (ANA). In the *Actas de las III Jornadas de Derecho de Aguas* see, for example, the contributions by Marcia Estefanía Fernández (OEFA), Iván Lucich (Sunass), Augusto Navarro Coquis, Jorge Luis Prieto Mayta and Iván Ortiz Sánchez.

> the quality of the water. This places Peru at the bottom of the 15 benchmark countries (along with Chile in terms of air quality). Poor infrastructure and water quality contribute to environmental degradation, becoming a negative externality for Peruvians and a threat to future access to other non-renewable natural resources in the coming years. (p. 120)

Since all water users base their claims on national and international legal sources, the specific question in this chapter is whether the economic treaty rights dimension can serve as a bridge between water and investment rights.

The general pattern still is that international trade and investment agreements and contracts overprotect and underregulate (foreign) investment. This also explains why academia and politics have often neglected the role of this particular branch of international law at the intersection of water conflicts. In the most recent treaties with the US as a partner (and to a lesser extent also with the EU) these provisions have become more comprehensive. In effect, they now enjoin a non-trade distorting use of water (and human) resources. For the first time, the trade-distorting effects of eco- and socio-dumping can be addressed under this new generation of economic treaties which Peru has subscribed to.

In respect of the WTO as the anti-discrimination bulwark of the multilateral rules framework, it is less clear how social and environmental concerns can be considered for better water governance. No rules have changed or been reinterpreted since 1995. In litigation, the AB's call for a "holistic approach" pursuant to the customary rules laid down in Article 31 VCLT is yet to find a concrete case where other PIL or CIL rules provisions will supersede WTO rules.[19] Even so, it seems that the "splendid isolation" of trade rules will not systematically protect operators benefitting from investment contracts and treaties with regulatory freeze clauses. The same goes for incentives granted in violation of traditional water rights or international norms of a general or a specific nature in the field of water governance. Of course, it may not be easy to find a complainant acting, as it were, against its own investors or "water grabbers." Perhaps the prospect of a WTO no longer protecting "rogue" investors may remind home states of their international responsibilities as host states, as ODA providers and as IFI board members.

Four other international "bridges" at least indirectly support more governance at the crossroad of economic operators and human rights.

(1) The Alliance for Water Stewardship (AWS) is a voluntary framework for major water users to work collaboratively and transparently for sustainable water management within a specific water catchment. AWS comprises

19 "Interpretation pursuant to the customary rules codified in Article 31 of the Vienna Convention is ultimately a holistic exercise that should not be mechanically subdivided into rigid components" [AB Report in EC — Chicken Cuts, WTO Document WT/DS269/AB/R (12 September 2005), paras. 175-176. See also AB Report in US — Continued Zeroing, WTO Document WT/DS350/AB/R (4 February 2009), para. 268].

certification through credible third-party processes, accreditation of specialist service providers to support and assess implementation of the AWS Standard, capacity-building to increase uptake and implementation of AWS water stewardship, and multi-stakeholder governance. The programme in Peru started with a project for the asparagus value chain stakeholders from the production sites in La Libertad to international retailers like Marks & Spencer (UK) and Coop (Switzerland); the Geneva-based Société Générale de Surveillance (SGS) is involved with production, inspection and certification services.[20] An interesting feature of this project is the active participation of the Centro de Investigación (CIUP) in Lima/PUCP. The qualification of CIUP for this monitoring role was acquired through some of many other research and policy formulation programmes in this field: on the relation between agricultural productivity and oligopsonic market power, the regional potential for artisanal fisheries, and the impact of economic rents generated by the extractive industries on interpersonal equity at the departmental level.[21]

(2) The objective of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) is to promote public awareness about how countries manage their oil, gas and mineral resources. The main instrument for that purpose is a comprehensive notification scheme creating fully accessible transparency of financial flows from miners to governments. Colombia is listed as a member country compliant with the 2011 EITI rules, whereas Peru figures in the "suspended" category.[22]

(3) A recent private scheme is the Better Gold Initiative (BGI). It is based on the premise that artisanal and small-scale mining involves particularly vulnerable communities. At the same time, especially small (and often illegal) gold mines are often those with the biggest negative impact on the environment and agricultural production. The purpose of BGI is to certify small gold mines that respect human rights and the environment, and to enhance the miners' livelihoods. The Swiss-sponsored programme started in Peru in 2013. In April 2017 it was extended by the presidents of Peru and Switzerland.[23]

(4) The Voluntary Principles on Security and Human Rights are the only human rights guidelines designed specifically for extractive sector companies. Adopted in 2000, they associate governments, various companies and

20 Information available at the AWS website http://www.allianceforwaterstewardship.org/. For the AWS Standard and its development process see http://a4ws.org/our-work/aws-system/

21 The PUCP/CIUP website with more project information and publications is at http://www.up-.edu.pe/investigacion-centros/ciup. For the asparagus project, detailed information is available (in Spanish) at http://cooperacionsuizaenperu.org.pe/images/documentos/seco/fs_secompetitivo/fs-cadenaesparragos.pdf.

22 The EITI *Global standard for the good governance of oil, gas and mineral resources* is available at https://eiti.org/. According to EITI regulations, a "suspended" country can apply at any time to have the suspension lifted.

23 Information available on the BGI-Website for Peru: http://www.iniciativaororesponsable.org/

> NGOs for maintaining the safety and security of mining operations within an operating framework that encourages respect for human rights. At the Annual Plenary Meeting in Bogotá (21 April 2016), the decisions adopted addressed (i) the strengthening of the role of civil society, (ii) a comprehensive assessment of the human rights risks associated with security, with a particular focus on complicity, and (iii) systems for reporting and investigating allegations of human rights abuses. Participating governments include Colombia but not Peru; companies include Glencore, and among the international NGOs there is Human Rights Watch.[24]

Obviously, none of these "bridges" are guarantees for better water governance. Some do not directly deal with water either. However, the increasing stakeholder interaction at the national level will definitely benefit from rules and procedures agreed to by Peru in its international treaties, contracts, and voluntary principles.

A word of caution appears appropriate at this stage. The complexity of the Water Rights issues could only be hinted at in this chapter. Even the international aspects for agriculture cannot be addressed in a few pages: for instance, should water for cash crops such as table grapes and pisco, asparagus and onions — often irrigated with ground water — count as "water grab" from poor food crop producers and consumers, as argued by Chartres (2012, p. 162) for large-scale investments leading to "virtual water" exports at the expense of nearby food crop farmers? How to account for the economic, social and environmental implications of "virtual water" in cash crops exported across continents?[25] How to produce, price, and allocate drinking water on the Peruvian coast with no regular rainfalls? Should the regulatory activities of the Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) be funded by the regulated entities (small public agencies with low business income, no participation by users along the value chain) or, as discussed by OECD in a way ensuring independence and autonomy in the implementation of the allocated budget (OECD 2015b, pp. 31, 52 and 86)? And — to revert to mining — do local jobs in copper towns count against human, animal and plant health impairments and food safety concerns of urban consumers of Peruvian produce in areas with extractive industries, both legal and illegal? According to Nirel and Pasquini (2010, pp. 3-4), copper is non-biodegradable. It has numerous sources in waters, in addition to natural levels originating from rocks, weathering and atmospheric deposition. A practical methodology to discriminate between the potential origins of copper pollution, namely agricultural and urban sources, is still lacking. There is no internationally recognised standard for maximum copper residue limits in order to select suitable management tools in mining operations, agricultural practices and treatment of rooftop and road runoffs. One aspect highlighted by OECD is that mining, finance, energy and water, and telecommunications represent less than 4% of total employment: "The mining sector

24 Retrieved from http://www.voluntaryprinciples.org/

25 For a good discussion of the economics of *virtual water* see Hoekstra and Chapagain (2007, p. 36).

alone accounts for less than 1.5% of total employment" (OECD, 2015a, p. 103).

One recent issue here are the cadmium levels in cocoa beans, which according to Hugo Alfredo Huamaní Yupanqui et al. (2012, p. 311) are found even in organic cocoa in Ecuador, Peru and Venezuela. In her field research at 174 locations in Peru and Venezuela, Jayne Crozier (2012) found the highest total concentrations of cadmium in beans and in the soils of Northern and Central Peru, but no higher incidences at locations near mining or industrial activities. Mike Adams (2014) reported on high levels of toxic cadmium found by two UK-based laboratories in popular cacao powders. Codex alimentarius is discussing lower maximum residue levels (MRL) for cadmium; in May 2014 the EC followed advice by its scientific advisory body EFSA and adopted maximum levels of exposure to cadmium in foods such as chocolate and infant formula which were only 10% of the levels discussed in the relevant Codex Committee.[26] Further research may shed light on this important question which could raise difficult water arbitration issues between indigenous farming communities and local miners.

The following conclusions can therefore only suggest more questions, without pretending to be scientifically robust findings of a solid analytical and empirical enquiry.

4. Fragmented Conclusions

Like other countries, Peru has signed commercial treaties for securing market access abroad and improving the investment climate at home. Like other governments, it attracts foreign investors with manifold incentives such as subsidies, tax holidays, and special dispute settlement procedures. At times, very favourable water rights, quantities and qualities, are offered to foreign or national investors for export-oriented, growth-promising and job-creating projects. These incentives may conflict with demands and rights to water of local investors, small farmers, processors and consumers. In their study on West America, Ghimire and Griffin confirmed that ill-defined water rights constitute a significant barrier for water transfers even in developed countries (2014, pp. 971-972).

In such situations, mine workers, landless farmers or slum dwellers have few alternatives to buying expensive water which previously might have been free. Governments facing such conflicts have few options other than water quotas, fiscal and social policies. In poor countries, they may even resort to "regulatory freezes" and offer contracts to foreign investors in which they commit to lower, or not to increase, social and environmental standards.

As shown in this book and in the previous *Jornadas de Derecho de Aguas*, solutions are hard to come by, both at the national level and when looking at sources of international law in the field of human, social and labour rights, environment and water.

26 Technical Centre for Agricultural and Rural Cooperation - CTA (ACP-EU). (20 July 2014). New maximum levels set for cadmium in food products.

A new and perhaps surprising bridge in this policy quandary of national and international fragmentation may be found in some of the more recent trade and investment agreements with Peru as a party. A new generation of treaties, and the investment contracts for which they guarantee judiciary protection, is increasingly more comprehensive and includes not only market access guarantees but also mandatory social and environmental standards, including sustainable water use principles.

The purpose and key in these treaties is to avoid all kinds of trade distortions. Dumping prohibitions are not primarily reflecting social or environmental concerns but equal treatment considerations. This idea of a "level-playing field" limits policy space and arbitrary decisions for both rich and poor governments, and for home and host investor states. But it also prevents governments from engaging in a "race to the bottom" at the expense of the environment and of their workers.

Both RTA and WTO avenues presented in this chapter have downsides. The now concerted efforts of US agencies (trade, labour and foreign affairs) and NGOs both in the USA and in Peru can be criticised for their basically unilateral standards "made in Washington." (This of course might change under a Trump administration — but not necessarily in the sense of a more concerted approach). This unilateralism occurs especially where international human rights conventions and social and environmental standards are not mandatory and directly applicable. In such cases a WTO adjudicator will find it difficult to deny the right of each Member to treat its indentured workers, its indigenous communities, its seal babies and its sea turtles as it sees fit. Moreover, the new enforcement procedures presented in this chapter require complainants, and advocates. Hence they are hardly available for the protection of "useless" (and downstream) water resources. Finally, an import ban for goods and services produced under trade-distorting practices may be enforceable under the new RTA rules and procedures. But when such a ban implies discriminatory treatment of "like" products and processes, it may fail in WTO litigation instigated by a government whose concern is employment at any cost to workers' health or to the environment. Under present rules and case law, WTO-compatibility even of malpractices violating peremptory human rights and environmental norms (*ius cogens*) remains unclear.

The following four conclusions are fragmentary by necessity:

(1) Better water governance in Peru is a necessity. This is especially so in situations and regions of extreme poverty where drinking water prices and unemployment are highest. Water never flowed freely, but it flows even less free in times of globalisation. International demand for good and cheap Peruvian water in the Andes and along the coast comes from gold bearers and from asparagus eaters on the other side of the world.

(2) WTO and other trade agreements improve the opportunities for efficient water use, and for "virtual water" trade. Only peremptory law or *ius cogens*

violations could justify import bans in a WTO dispute — but there is no case law, and no universally accepted definition of *ius cogens*.

(3) Present international trade and investment rules fail to address the right to water and to prevent "aqua-dumping" and "water grabbing" with negative impacts at the national and household levels. Public interest clauses limiting water grab should be built into investment treaties and contracts, preventing regulatory freezes and allowing for minimum water supplies to indigenous communities and poor urban consumers by way of transfer pricing.

(4) These shortcomings can be said to violate the obligations of investor home and host states in respect of the right to water laid down in the human rights treaties all governments have subscribed to (*primum non nocere* or "first of all do no harm"). There is a need for social and environmental bottom lines: *ius cogens* (cogent law) is to be recognised as an instrument preventing a "race to the bottom" between water users: large-scale ground water consumption is simply not sustainable.

Most important for a good functioning of the bridge mechanisms in Peru's new economic treaties is stakeholder and regulator interaction at the national level. More research and better policy coordination is thus required both at national and international levels.

The right to water and the right to invest remain strange bedfellows. Given that they both drink from the same source, there seems to be no alternative to better and comprehensive water governance, including through new treaty provisions with effective rules enforcement procedures.

REFERENCES

Adams, M. (2014). ConsumerLab, Natural News Labs both confirm high levels of toxic cadmium in popular cacao powders. *The Health Ranger, June 12, 2014*. Retrieved from http://www.naturalnews.com/045545_cacao_powder_cadmium_lab_testing_results.html

Chartres, C. (2012). Water and Food Security. In R. Rafuse and N. Weisfelt (eds.), *The Challenge of Food Security: International Policy and Regulatory Frameworks*. Cheltenham: Edward Elgar.

Cotula, L. (2014). Foreign investment, law and sustainable development: A handbook on agriculture and extractive industries. *Natural Resource Issues No. 26*. London: IIED.

Crozier, J. (2012). Heavy Metals in Cocoa. International Workshop on possible EU regulations on cadmium in cocoa and chocolate products. 3rd & 4th May 2012. Centre for Agriculture and Biosciences International (CABI). Retrieved from www.cabi.org

Denkers, J. (2008). *The World Trade Organization and Import Bans in Response to Violations of Fundamental Labour Rights*. Tilburg University, Intersentia.

DSU (Agreement). Understanding on the Settlement of Disputes (WTO).

EC — Chicken Cuts, WT/DS269/AB/R (WTO, 12 September 2005).

EC – Seals, European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products. Appellate Body Report, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (2014, May 22). (adopted 18 June 2014).

EITI International Secretariat. (23 February 2016). The EITI Standard 2016. Retrieved from https://eiti.org/sites/default/files/documents/english-eiti-standard_0.pdf

Extension of Waiver Concerning Kimberley Process Certification Scheme for Rough Diamonds, WT/L/876 (WTO Document, 14 December 2012).

GATT, General Agreement on Tariffs and Trade. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 UNTS 154, Annex 1A.

Ghimire, N. and Griffin, R.C. (2014). The Water Transfer Effects of Alternative Irrigation Institutions. *Amer. J. Agr. Econ*., *96*(4), 970-990.

Footer, M. (2010). The (Re-)turn to Soft Law in Reconciling the Antinomies in WTO Law. *Melbourne Journal of International Law*, *11*(2), 241-276.

Foster, C.E. (2014). Diminished Ambitions? Public International Legal Authority in the Transnational Economic Era. *Journal of International Economic Law*, *17*(2), 355-397.

Glamis Gold, Ltd v. The United States of America, (ICSID Award, 8 June 2003).

Häberli, C. (2014). Seals and the Need for more Deference to Vienna by WTO Adjudicators. Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper No 22 (8 July 2014).

Häberli, C. and Smith, F. (2014). Food Security and Agri-Foreign Direct Investment in Weak States: Finding the Governance Gap to Avoid "Land Grab". *Modern Law Review, 77*(2), 189-222.

Hoekstra, A.Y. and Chapagain, A.K. (2007). Water footprints of nations: Water use by people as a function of their consumption pattern. *Water Resour Manage*, *21*(1), 35-48.

Huamaní Yupanqui, H.A. et al. (2012). Presencia de metales pesados en cultivo de cacao (Theobroma cacao L.) orgánico. *Acta Agronómica*, *61*(4), 309-314.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR. (1966). 993 UNTS 3. Adopted by UN General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966; entry into force 3 January 1976.

Kaufmann, C. and Grosz, M. (2008). Poverty, Hunger and International Trade: What's Law Got to Do with It? Current Mechanisms and the Doha Development Agenda. *German Yearbook of International Law*, (51), 75-109.

Kimberley Process Certification Scheme for Rough Diamonds. General Council Waiver Decision of 15 December 2006, WT/L/676 (WTO Document, 19 December 2006).

LFH Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States, 4 RIAA 60 (1926). Retrieved from http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf

Merrill and Ring Forestry L. P. v. The Government of Canada, No. UNCT/07/1 (ICSID Award, 31 March 2010). Retrieved from https://www.italaw.com/cases/669

Meshel, T. (2015). Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond. *Journal of International Dispute Settlement*, *6*(2), 277-307.

Nirel, P. M. and Pasquini, F. (2010) Différentiation de l'origine des pollutions en cuivre: caractérisation des sources agricoles et urbaines, session 2.9, 7. Genève: Novatech.

OECD. (2015a). Multi-dimensional Review of Peru: Volume I. Initial Assessment. OECD Development Pathways. Paris: OECD Publishing.

OECD. (2015b). The Governance of Water Regulators. OECD Studies on Water. Paris: OECD Publishing.

Petersmann, E.-U. (2009). International Trade Law, Human Rights and the Customary International Law Rules on Treaty Interpretation (2009). In S. Joseph (ed.), The World Trade Organization and Human Rights. Interdisciplinary Perspectives, 76-98. Cheltenham: Edward Elgar.

PTPA, United States – Peru Free Trade Agreement. (2009). English version retrieved from https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text; Spanish version retrieved from http://www.acuerdos comerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80

TRIMS, Agreement on Trade-Related Investment Measures. WTO.

Technical Centre for Agricultural and Rural Cooperation - CTA (ACP-EU). (20 July 2014). New maximum levels set for cadmium in food products. Retrieved from http://agritrade.cta.int/en/layout/set/print/Agriculture/Topics/SPS-Food-safety/New-maximum-levels-set-for-cadmium-in-food-products.

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, No. ARB(AF)/00/2 (ICSID Award, 20 May 2003).

US — Continued Zeroing, WT/DS350/AB/R (WTO, 4 February 2009), para. 268.

Vienna Convention on the Law of Treaties - VCLT. (1969). 1155 UNTS 331 (1980); also in 8 *International Legal Materials* 679.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, No. ARB(AF)/00/3 (ICSID Final Award, 30 April 2004).

World Trade Online is a daily publication of *Inside Washington Publishers* (1919 South Eads Street, Suite 201, Arlington, VA 22202), accessible at https://insidetrade.com/about/about-us

World Trade Organization - WTO. (1995). Agreement establishing the World Trade Organization. Adopted on April 15, 1994 at Marrakesh. Entry into force on January 1, 1995.

CONCLUSIONES

Patricia Urteaga Crovetto
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

Suele ser común que en la gestión del agua nos encontremos con complejas disyuntivas que generalmente emergen en conflictos sobre el recurso. Desde la ponderación sobre aspectos cotidianos de la gestión hídrica como la preeminencia de ciertos usos del agua, hasta la disquisición sobre los principios y conceptos apropiados para resolver los conflictos, estas opciones aparentemente antagónicas demandan mayor reflexión sobre el agua como recurso natural imprescindible para la subsistencia. Uno de los ámbitos donde se plantean dilemas sustanciales es en conflictos donde entran en juego el derecho humano al agua y el derecho de las inversiones. Las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas, realizadas en 2016, justamente recogen este interesante debate que explora el encuentro entre estos universos jurídicos.

En el Perú, a pesar de la reciente aprobación (15.12.16) por parte de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del agua como derecho humano[1], los datos sobre la concreción de este derecho a nivel nacional dejan mucho que desear. En efecto, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), hasta el año 2015, solo el 69% de las 6 864 520 personas pobres accedían a la red pública de agua potable. El 31% restante accede al agua en condiciones que pueden resultar insuficientes y que no aseguran un estado óptimo de la calidad del agua[2].

Conforman esta población personas que habitan las áreas más deprimidas de las grandes ciudades, pero las cifras son más críticas si nos referimos a las zonas rurales. De acuerdo con información de la SUNASS, en el año 2015 estas personas podían llegar a pagar hasta cuatro dólares por metro cúbico de agua, mientras que los usuarios conectados a la red pública pagaban solo un monto aproximado de 30 centavos de dólar por cada metro cúbico de agua. Ello significa que los

1 El artículo propuesto establece que: «El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible».

2 En efecto, el 5% de la población hace uso de pilones públicos, 6% se abastece de aguas de pozos, un significativo porcentaje de 18% bebe agua de ríos, acequias o manantiales y, finalmente, al menos un 2% de la población más pobre adquiere el agua en camiones cisternas. En: https://www.inei.gob.pe/

ciudadanos más pobres del Perú pagan hasta doce veces más por el agua de consumo doméstico, pese a que acceden a ella en precarias condiciones de calidad y continuidad[3]. Evidentemente, existe una relación estrecha entre la falta de acceso al agua potable y la pobreza, por lo que la concreción del derecho humano al agua resulta inalcanzable para los sectores más vulnerables de países como el nuestro.

Para resolver esta aguda problemática se ha planteado un sinnúmero de proyectos, tanto de inversión pública (municipal o central) como de inversión privada y/o público-privada. En estos últimos casos, estos proyectos se rigen por normas del derecho internacional de las inversiones. Por otro lado, en la medida en que el eje de los proyectos es el acceso al agua y saneamiento, corresponde al derecho internacional de los derechos humanos establecer los estándares, principios y contenido del derecho humano al agua[4]. El encuentro de estos dos universos jurídicos en casos que tienen como eje el derecho humano al agua no siempre es armonioso. En países como Argentina, Bolivia, Chile, Perú, entre otros, se han generado conflictos relacionados con el derecho humano al agua por incumplimiento contractual de la empresa o del Estado.

En la mayoría de conflictos se ha resuelto esta disyuntiva entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las inversiones reconociendo los derechos de los inversionistas por encima de la potestad de los Estados de tomar decisiones respecto a los servicios de agua y saneamiento. Es conocida la tendencia de los casos resueltos bajo el Sistema de Solución de Diferencias Inversionista-Estado a laudos arbitrales favorables para los Estados cuando se discuten cuestiones de forma, pero favorables para los inversionistas cuando se discuten los temas de fondo relativos al agua.

En estos casos, el problema se presenta no solo porque la mayoría de los conflictos por el agua entre inversionistas y el Estado se resuelve en procesos de arbitraje, con lo cual no se forma jurisprudencia (Nader, 1988, 1993, 1995); sino que además se reafirma la idea realista de que el derecho mismo y su operativización son indeterminados, con lo cual la posibilidad de previsibilidad del derecho se desvanece. Es probable que el carácter mismo de este medio de resolución de conflictos, y la tendencia que se va construyendo en relación a los conflictos por el agua, pongan en cuestionamiento la arquitectura misma del sistema de arbitraje internacional en la medida que desafía el principio de equidad en relación a un derecho humano fundamental, como es el derecho humano al agua.

Desde la reflexión académica, el tema central de estas Jornadas de Derecho de Aguas suscita interrogantes que van desde la aparente fragmentación del derecho internacional en los conflictos por el agua, hasta la transformación del rol del Estado, pero también del propio régimen de las inversiones y sus formas de resolución de conflictos. Si bien los conflictos siguen produciéndose, tal como vimos en la presentación de este libro en el caso del arbitraje entre el consorcio conformado

3 http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2015/03/10/brasil-colombia-peru-paises-mas-agua-tienen-en-el-mundo

4 Véase Salmón (2013).

por Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. y AWG Group Ltd. y el Estado de Argentina, que describimos en la presentación de este libro, es obvio que la globalización del derecho está gatillando el cambio y la hibridez que paulatinamente debían traducirse en la preeminencia de los derechos humanos y el desarrollo sostenible en casos de conflictos internacionales por el agua.

Cómo se generan estas amalgamas jurídicas, hacia qué dirección apuntan y cómo van permeando áreas del derecho que se caracterizaban por ser exclusivamente sectoriales y excluyentes, son algunas de las reflexiones que deberemos seguir profundizando. Tanto en el contenido positivo del derecho, como en la interpretación de principios y reglas, la caracterización del derecho humano al agua como un derecho de *ius cogens*, el inevitable ocaso de la indeterminación jurídica en los TBIs y en los ámbitos arbitrales, la tendencia hacia la transformación debería ir superando gradualmente los problemas jurídicos suscitados por la dinámica misma de la globalización económica que indudablemente genera conflictos de inequidad. De esta forma, el derecho humano al agua irá cimentando su lugar en ámbitos jurídicos globales tradicionalmente percibidos como distantes de un enfoque de derechos, bajo la premisa de que la gestión del agua debe ser no solo sostenible y eficiente, sino fundamentalmente equitativa.

REFERENCIAS

Nader, L. (1988). The ADR explosion. The implications of rhetoric in legal reform. *Windsor Yearbook Access to Justice*.

Nader, L. (1993). Controlling processes in the practice of law: hierarchy and pacification in the movement to reform dispute ideology. *Ohio State Journal on Dispute Resolution 9*(1).

Nader, L. (1995). Civilization and its negotiators. En P. Kaplan (ed.), *Understanding disputes: the politics of argument*. Oxford: Berg Publishers.

Salmón, E. (2013). Los (tímidos) aportes del derecho internacional a la construcción del derecho humano al agua. En J. Hoogesteger, y P. Urteaga (eds.), *Agua e Inequidad. Discursos, políticas y medios de vida en la región Andina.* Lima: IEP, Justicia Hídrica, 67-86.

ANEXO

PERFIL Y PROGRAMA DE LAS CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

PERFIL

Lugar: Auditorio de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Fecha: 15 y 16 de setiembre de 2016

El evento estuvo dirigido a funcionarios y servidores públicos especializados en la gestión del agua, abogados en general y especialistas de empresas y organizaciones de la sociedad civil, y estudiantes universitarios. La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento oficializó el evento.

Objetivo

- Generar un foro de reflexión sobre el Derecho de Aguas, empleando diversas perspectivas (jurídica, interdisciplinaria y comparada).
- Proponer cambios en la forma de gestión oficial de los conflictos por el agua para mejorar la articulación sectorial y reducir el desborde de la conflictividad.

Resultados esperados

- Enriquecer el debate público interdisciplinario para discutir sobre el estado, la institucionalidad y la gestión de los conflictos por el agua.
- Editar un libro en versión impresa y digital que contenga las ponencias y comentarios del evento.

Paneles temáticos

- La fragmentación en el derecho internacional: entre el derecho humano al agua y el derecho de las inversiones
- El derecho administrativo de aguas y el derecho internacional de las inversiones en América Latina
- Resolución de conflictos por el agua en los foros internacionales
- Entre la protección a las inversiones y el derecho humano al agua: temas críticos
- Los desafíos de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento en el Perú y los DESC

Estructura del evento

- 2 días: 15 y 16 de setiembre de 2016.
- 5 mesas temáticas y 1 mesa redonda. Cada panel tuvo tres o cuatro expositores, un comentarista y un moderador
- 17 especialistas (nacionales e internacionales), algunos de los cuales cumplieron dos o tres roles en distintas mesas.

Comité organizador

Nombre	Institución
Armando Guevara Gil	Departamento Académico de Derecho de la PUCP
Patricia Urteaga	Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la PUCP
Augusto Castro	Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables (INTE) de la PUCP
Mauricio Pinto	Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina)
Gerardo Damonte	Maestría en Gestión de los Recursos Hídricos de la PUCP
Manuel Monteagudo	Maestría en Derecho Internacional Económico de la PUCP

Ponentes nacionales

Invitado	Institución
Augusto Castro	Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables (INTE) de la PUCP
Cinthya Escate	Foro del Agua
Manuel Monteagudo	Departamento Académico de Derecho de la PUCP
Francisco Dumler	CENTRUM Católica
Lucía Ruiz	Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas
Alberto Cairampoma	Departamento Académico de Derecho de la PUCP
Julián Li	Comité del Agua, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía
Patricio Rubio	Departamento Académico de Derecho de la PUCP

Ponentes internacionales

Invitado	País	Institución
Christian Häberli	Suiza	World Trade Institute
Liber Martin	Argentina	Universidad Nacional de Cuyo
Marcela Andino	Argentina	Universidad Nacional de Cuyo
Antonio Embid	España	Universidad de Zaragoza
Juan Justo	Argentina	Universidad Nacional del Comahue
Sergio Salinas	España	Universidad de Zaragoza
Daniela Rivera	Chile	Pontificia Universidad Católica de Chile

CUARTAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

Derecho humano al agua y derecho de las inversiones: trayectorias y perspectivas

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Pontificia Universidad Católica del Perú
15 y 16 de setiembre de 2016

Programa

Jueves 15 de Setiembre de 2016		
14:00 – 14:30	**Registro**	
14:30 – 15:05	**Inauguración**	Guillermo Boza Pró (Jefe del Departamento Académico de Derecho, PUCP) y Patricia Urteaga (Directora del CICAJ-DAD)
	Presentación del libro: Actas de las Terceras Jornadas de Derecho de Aguas	Augusto Castro (INTE-PUCP)
15:05 – 16:35	**Mesa 1:** La fragmentación en el derecho internacional: entre el derecho humano al agua y el derecho de las inversiones	Christian Häberli (World Trade Institute, Suiza)
		Sergio Salinas Alcega (U. de Zaragoza, España)
		Comentarios: Víctor Saco (DAD-PUCP)
		Preguntas
16:35 – 16:50	**Receso**	
16:50 – 18:30	**Mesa 2:** El derecho administrativo de aguas y el derecho internacional de las inversiones en América Latina	Antonio Embid (U. de Zaragoza, España)
		Víctor Saco (DAD-PUCP)
		Daniela Rivera (UC-Chile)
		Comentarios: Liber Martin (U. de Cuyo, Argentina
		Preguntas
18:30 – 18:45	**Cierre de la jornada**	

Viernes 16 de Setiembre de 2016		
9:00 – 9:30	**Registro**	
9:30 -11:10	**Mesa 3:** Resolución de conflictos por el agua en los foros internacionales	Mauricio Pinto (U. de Cuyo. Argentina)
		Cristina Blanco (DAD-PUCP)
		Juan Justo (U. de Comahue, Argentina)
		***Comentarios*:** Patricio Rubio (Ministerio de Relaciones Exteriores)
		Preguntas
11:10 – 11:25	**Receso**	
11:25 – 13:05	**Mesa 4:** Entre la protección a las inversiones y el derecho humano al agua: temas críticos	Liber Martin (U. de Cuyo, Argentina)
		Cinthya Escate (Foro del Agua)
		Marcela Andino (U. de Cuyo, Argentina)
		***Comentarios*:** Manuel Monteagudo (DAD-PUCP)
		Preguntas
13:05 – 15:45	**Receso**	
15:45 – 17:45	**Mesa 5:** Los desafíos de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento en el Perú y los DESC	Francisco Dumler (CENTRUM-PUCP)
		Diego Zegarra (DAD-PUCP)
		Lucía Ruiz (Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas)
		Alberto Cairampoma (DAD-PUCP)
		***Comentarios*:** Armando Guevara Gil (DAD-PUCP)
		Preguntas
17:45 – 18:00	**Receso**	

18:00 – 19:35	**Mesa Redonda**: Entre las inversiones, el "poder de policía" y el derecho humano al agua	Julián Li (Comité del Agua, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía)
		Antonio Embid (U. de Zaragoza, España)
		Juan Justo (U. de Comahue, Argentina)
		***Moderador*:** Sergio Salinas
19:35 – 20:00	**Conclusiones**	Patricia Urteaga (CICAJ-DAD) Gerardo Damonte (PUCP)
	Clausura	Patricia Urteaga (CICAJ-DAD)

COLABORADORES

***Mónica Marcela Andino* (Argentina)**
Doctora en Derecho (Propiedades públicas y medioambiente) por la Universidad de Zaragoza. Es miembro del Instituto de Agua y Ambiente de la Universidad de Mendoza, Argentina; e investigadora de la Universidad Nacional de Cuyo y de la Universidad del Aconcagua. Asimismo, es jefa del Área Jurídica del Departamento General de Irrigación de Mendoza. Sus áreas de interés son la legislación ambiental e hídrica en general y administrativa, el régimen económico y financiero del agua, la formación y financiamiento de consorcios de usuarios, los instrumentos económicos para afrontar el cambio climático, y los tributos ambientales.

***Cristina Blanco Vizarreta* (Perú)**
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Es investigadora principal del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, y docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Anteriormente, ha trabajado como especialista en derechos humanos para la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la Región de Mesoamérica y el Caribe de Habla Hispana en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Ha sido consultora externa de organismos internacionales y organizaciones como la CIDH, la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF).

***Juan Pablo Bohoslavsky* (Argentina)**
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, magíster en Derecho Empresario por la Universidad Austral y abogado por la Universidad Nacional del Comahue (Patagonia, Argentina). Es el actual experto independiente de Naciones Unidas, sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales.

***Augusto Castro Carpio* (Perú)**
Ph.D. en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Tokio. Director del Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables de la Pontificia Universidad Católica del Perú y coordinador del Grupo de Investigación Ética, Ambiente y Sociedad; así como profesor principal del Departamento de Ciencias Sociales de la misma universidad. Asimismo, es coordinador de la Red de Postgrado en Sociedad Ambiente y Cambio Climático de Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

Francisco Dumler Cuya **(Perú)**
Magíster en Sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de maestría en Antropología, en la Pontificia Universidad Católica del Perú; diploma internacional en Negociaciones, en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), en Buenos Aires; y diploma en Gerencia Social, en el INDES-BID, en Washington DC. Es licenciado en Administración de Empresas por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ha desempeñado el cargo de ministro de Estado en la cartera de Vivienda, Construcción y Saneamiento; fue viceministro de Construcción y Saneamiento, gerente de la Contraloría General de la República, gerente general y director ejecutivo del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social (FONCODES), secretario general de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), secretario general del Instituto Nacional de Innovación Agraria (INIA). Ha sido miembro de los directorios de SEDAPAL y del Fondo Mi Vivienda. Actualmente, es profesor del área académica de Estrategia y Liderazgo de Centrum Católica Graduate Business School, y ha obtenido el premio de excelencia académica en programas de maestría ininterrumpidamente desde el 2011 hasta el 2016.

Antonio Embid Irujo **(España)**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Doctor en Derecho con Premio Extraordinario de Doctorado (1977). Becario de las Fundaciones Juan March (1980) y Alexander von Humboldt (1981-1982). Amplió estudios en el Max Planck Institut für ausländisches, öffentliches Recht und Völkerrecht de Heidelberg (1982).
Presidente de las Cortes de Aragón (Parlamento de la Comunidad Autónoma de Aragón) de 1983-1987. Especialista en derecho de la organización del territorio, derecho de aguas y del medio ambiente, libertades públicas, derecho público de la economía. Investigador Principal en múltiples proyectos de investigación obtenidos en concurrencia competitiva.
Coordinador del Grupo Consolidado de Investigación Agua, Derecho y Medio Ambiente (AGUDEMA). Gran Cruz de la Orden de Alfonso X el Sabio (2007). Doctor *honoris causa* por las universidades argentinas Nacional de Cuyo (2008), Mendoza (2009) y Nacional de Salta (2012).

Armando Guevara Gil **(Perú)**
Doctor en Derecho por la Universidad de Ámsterdam, magíster en Antropología por la Universidad de Wisconsin-Madison y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor del Departamento Académico de Derecho y director del Instituto Riva-Agüero, ambos de la PUCP. Es especialista en antropología del derecho, derecho y desarrollo, y gestión de recursos hídricos y riego campesino.

***Christian Häberli* (Suiza)**
PhD (Law) on the subject of African Investment Law (Basel University, 1977); Development Sciences (Geneva University, 1975); Theology (Bern University, 2009). Senior Research Fellow at the World Trade Institute (WTI) and a lecturer and consultant in Europe, Asia, Africa, and in the Americas. Professional career at the International Labour Organization (ILO) and the Swiss Government in Madagascar, Thailand, Nepal and Switzerland, as trade negotiator for Switzerland with the European Union, and in the GATT/WTO during the Uruguay and the Doha Rounds (1986 to 2007), and as Chair of the WTO Committee on Agriculture (Regular Session, 2005-07). WTO Panellist continuously from 1996 to 2015, in 20 stages of 5 major dispute settlement cases. Over 50 publications on trade, agriculture, food security, employment, development and climate change.
Website: http://www.nccr-trade.org/people/haeberli/

***Juan Bautista Justo* (Argentina)**
Abogado egresado de la Universidad Nacional del Comahue de Argentina y especialista en Derecho Administrativo por dicha casa de estudios. Es docente de derecho administrativo y práctica profesional de derecho administrativo en esa institución y fue codirector de la carrera de posgrado Especialización en Derecho Administrativo de la misma universidad. Su actividad de investigación se centra en el estudio del impacto de los tratados internacionales en el campo del derecho público, temática sobre la cual ha publicado numerosos trabajos y participado de diferentes obras. Ha sido consultor de la División Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas (CEPAL) y Fiscal de Estado Adjunto de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, Argentina, hasta el 2014. En la actualidad, desarrolla la actividad profesional liberal.

***Liber Martin* (Argentina)**
Abogado, diplomado en Economía Política y doctor en Derecho, investigador de Conicet y profesor de derecho ambiental y de los recursos naturales de las universidades nacionales de Cuyo y Mendoza. Ha sido profesor visitante en la Universidad Paris I Panthéon Sorbonne y UC Berkeley, entre otras. Participa en distintos proyectos de investigación y cuenta con publicaciones sobre derecho y política de aguas, derecho ambiental, derechos humanos y de inversiones; derechos de aguas y conflictos por su uso.

Mauricio Pinto **(Argentina)**
Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Magíster en Derecho Ambiental por la Universidad Internacional de Andalucía. Diplomado en Estudios Avanzados en Propiedades Públicas y Medio Ambiente por la Universidad de Zaragoza. Profesor de Derecho y Legislación Ambiental en la Universidad Nacional de Cuyo y en la Universidad del Aconcagua. Jefe del Departamento Jurídico del Departamento General de Irrigación de la Provincia de Mendoza (Argentina), actualmente adscripto a la Dirección de Asuntos Ambientales de la Fiscalía de Estado de esa provincia.

Daniela Rivera **(Chile)**
Abogada y doctora en Derecho. Profesora e investigadora del Centro de Derecho y Gestión de Aguas de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es especialista en derecho de aguas y derecho administrativo.

Víctor Saco Chung **(Perú)**
Profesor a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP en temas de derecho internacional económico. Candidato a doctor por la Universidad de Berna. Magíster en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad Católica de Lovaina. Abogado.

Sergio Salinas Alcega **(España)**
Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza, magíster en Comunidades Europeas y diplomado del Centro de Estudios e Investigación en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Profesor titular de derecho internacional público en la Universidad de Zaragoza y profesor responsable del Módulo Europeo (Acción Jean Monnet) sobre política europea de aguas y medio ambiente. Miembro del grupo de investigación Agua, Derecho y Medio Ambiente (AGUDEMA). Director de Secretariado de Cooperación de la Universidad de Zaragoza. Profesor invitado en universidades de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Francia, México, Perú y Rumania. Autor de monografías y artículos sobre derecho internacional y de la Unión Europea, con especial atención al medio ambiente, los cursos de agua internacionales y la protección internacional de los derechos humanos.

***Patricia Urteaga Crovetto* (Perú)**
Ph.D. en Antropología y magíster en Antropología Sociocultural por la Universidad de California en Berkeley, y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesora del Departamento Académico de Derecho de la PUCP y directora del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de dicho departamento. Es especialista en antropología del derecho, pueblos indígenas amazónicos y agua e industrias extractivas.

***Yenny Vega Cárdenas* (Canadá)**
Doctora en Derecho por la Universidad de Montreal, especializada en el marco jurídico del manejo de las aguas, los conflictos transfronterizos, el manejo sostenible de los recursos renovables y el medio ambiente. Es profesora de la Facultad de Derecho de la misma universidad, miembro de la Red Canadiense del Agua y asesora en Desarrollo Internacional de la Universidad de Montreal.

***Frida Segura Urrunaga* (Perú)**
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como coordinadora de investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. En el año 2017 ganó el concurso nacional de investigación jurídica interdisciplinaria «Sociedad y Derecho» con la investigación titulada «La dimensión interlegal de la gestión del agua en San Andrés de Tupicocha, Lima, Huarochirí, Perú (1942-2015)».

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
Teléf.: 332-3229 Fax: 424-1582
Junio 2017 Lima - Perú