



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y DERECHOS
HUMANOS: LOS LÍMITES Y LA OCASIÓN
DE UNA INTEGRACIÓN SISTEMÁTICA.
CASO URBASER v. ARGENTINA**

Autora: Marta Fajardo Lucena

5ºE-3A

Derecho Procesal

Tutora: Marta Gisbert Pomata

Madrid

Abril 2024

RESUMEN:

Durante la oleada de inversiones transnacionales del siglo pasado, el Arbitraje de Inversiones emergió como método alternativo de resolución de conflictos a nivel internacional. Sin embargo, en los últimos años, su eficacia, transparencia y capacidad para salvaguardar los derechos de las partes involucradas en el proceso han sido objeto de debate. Por ello, este trabajo busca identificar los límites y las oportunidades inherentes al propio sistema Inversionista-Estado, con el fin de proponer posibles cambios que garanticen un mejor funcionamiento del mismo.

Para ello, se inicia con una contextualización del Arbitraje de Inversión y su relación con los Derechos Humanos. Posteriormente, se profundiza en las implicaciones de la relación asimétrica entre el Derecho Internacional de Inversión y los Derechos Humanos en el ámbito del Arbitraje de Inversión. Este análisis revela dos de los principales obstáculos en la evolución del sistema Inversionista-Estado: la *fragmentación del Derecho Internacional* y el *enfriamiento regulatorio*. Asimismo, se identifican dos oportunidades de mejora que existen dentro del propio sistema, que son: la necesidad de potenciar la interpretación de las normas aplicables, así como la actualización y desarrollo de nuevas regulaciones.

La correcta implementación de estas herramientas de integración prometen restaurar la confianza en el Arbitraje de Inversión. Se utiliza el caso *Urbaser v. Argentina* como ejemplo de éxito en el proceso de integración sistemática, y que a su vez, ilustra el camino hacia futuras ocasiones de afianzar el sistema Inversionista-Estado.

Palabras Clave: Arbitraje de Inversión, Derechos Humanos, Derecho Internacional de Inversiones, sistema, integración y orden internacional.

ABSTRACT:

Amidst the rise of transnational investment in the past century, Investment Arbitration emerged as an alternative method for international dispute resolution. However, in recent times, its effectiveness, transparency and ability to guarantee the rights of involved parties have been subject to controversy. Consequently, this paper seeks to identify the limits and opportunities within the Investor-State system, thereby proposing potential changes to enhance its functionality.

Hence, the study commences with a contextualisation of Investment Arbitration and its intersection with Human Rights. Subsequently, it delves into the implications of the asymmetrical relationship between International Investment Law and Human Rights in the field of Investment Arbitration. This analysis reveals two of the main obstacles in the evolution of the Investor-State system: the *fragmentation of international law* and the *regulatory chill*. Moreover, it identifies two opportunities for improvement that exist within the system itself: the need to strengthen the interpretation of the applicable rules, alongside the updating and development of new regulations.

The proper implementation of these integration tools promises to restore confidence in the Investment Arbitration system. The *Urbaser v. Argentina* case serves as an example of a successful process of systematic integration, and illustrates the way forward for future opportunities to strengthen the Investor-State system.

Key Words: Investment Arbitration, Human Rights, International Investment Law, system, integration and international order.

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	7
1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN.....	7
2. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	10
3. INTERSECCIÓN ENTRE ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y DERECHOS HUMANOS.....	14
3.1. Posibles Conflictos entre Ambas Áreas.....	14
3.2. Potenciales Beneficios de la Integración.....	18
CAPÍTULO II. LÍMITES DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS: CRÍTICAS AL ACTUAL SISTEMA.....	20
1. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	20
2. ENFRIAMIENTO REGULATORIO: ¿A QUIÉN BENEFICIA LA REGULACIÓN ACTUAL?.....	23
CAPÍTULO III. OPORTUNIDADES DE UNA INTEGRACIÓN SISTEMÁTICA.....	29
1. HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN EN LA NORMATIVA.....	30
2. DESARROLLO DE LA CAPACIDAD REGULATORIA DEL ESTADO Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TBIS.....	34
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL CASO EMBLEMÁTICO: Urbaser vs. Argentina.....	38
1. HECHOS RELEVANTES E IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	38
2. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.....	41
3. IMPLICACIONES PARA EL SISTEMA INVERSIONISTA-ESTADO.....	43
CAPÍTULO V. PERSPECTIVAS FUTURAS PARA EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	45
1. TENDENCIAS EMERGENTES EN EL SISTEMA ISDS.....	45
2. POSIBLES CAMBIOS EN LA REGULACIÓN.....	48
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	51

LISTADO DE ABREVIATURAS

- ADR: Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos
- AII: Acuerdos Internacionales de Inversión
- APPRI: Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones
- CCI: Cámara de Comercio Internacional
- CDI: Comisión de Derecho Internacional
- CESE: Comité Económico y Social Europeo
- CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
- DDHH: Derechos Humanos
- DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- DII: Derecho Internacional de Inversión
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
- IED: Inversión Extranjera Directa
- ISDS: Solución de Controversias Inversor-Estado
- ODS: Objetivos de Desarrollo Sostenible
- TBI: Tratado Bilateral de Inversión
- TCL: Tratados de Libre Comercio
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Antes de proceder a exponer cuál es el futuro de la dialéctica entre el Arbitraje de Inversión y los Derechos Humanos es necesario contextualizar ambas áreas del Derecho en el nuevo panorama internacional. Para ello, se desarrollarán las características principales de estas áreas, así como el alcance de los derechos que éstas conceden, lo que permitirá conocer cómo se integran estos sistemas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Este marco teórico exhibirá la problemática que inspira este trabajo: los conflictos y oportunidades que surgen en la intersección del Arbitraje de Inversión y los Derechos Humanos.

Asimismo, se procederá a analizar el actual sistema que aborda la relación entre los Arbitrajes de Inversión y los Derechos Humanos. En esta línea, se presentarán los dos límites más perjudiciales para el sistema: la *fragmentación del Derecho Internacional* y el *enfriamiento regulatorio*. A raíz de estos problemas se propondrán dos modelos de integración sistemática que garantizarán una mejor protección de los Derechos Humanos en las inversiones extranjeras.

Por último, el trabajo finalizará con un breve estudio del caso *Urbaser v. Argentina*, conocido porque fue el primer tribunal que admitió una contrademanda del Estado anfitrión en base a una violación de los Derechos Humanos de sus habitantes. El precedente del caso *Urbaser v. Argentina* introducirá las perspectivas futuras de la dialéctica entre el Arbitraje de Inversión y los Derechos Humanos, concluyendo así este trabajo de investigación.

CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Las distancias en el mundo se han acortado. La expansión del comercio internacional, la caída de las barreras de entrada, o los acuerdos regionales e internacionales, son algunos de los ejemplos que prueban la dinámica de cooperación internacional que se ha desarrollado en los últimos años. Este fenómeno es conocido como globalización, y ha traído consigo un ordenamiento internacional más interconectado y descentralizado.

Actualmente, los empresarios apuestan por expandir sus negocios fuera de las fronteras de su país de origen, dedicando grandes cantidades de dinero a la inversión extranjera directa (IED)¹. El creciente número de inversiones transfronterizas ha conducido a nuevos e ingentes conflictos entre distintos entes internacionales, que requieren de regulación para solventarse. Así, y de manera progresiva, han ido surgiendo los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) que son convenios recíprocos entre dos o más estados, que buscan la seguridad jurídica de las inversiones al disminuir la incertidumbre de las relaciones con el exterior². Estos pueden adoptar distintas formas: Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), Tratados de Libre Comercio (TLC) o Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI), y conforman la rama específica del Derecho Inversiones.

En este contexto, también surge la necesidad de mecanismos jurídicos efectivos que den solución a este tipo de conflictos derivados de transacciones económicas internacionales. A pesar de que los tribunales nacionales se plantean como una posible vía de canalización del problema, los métodos alternativos de solución de conflictos proveen mayor flexibilidad, agilidad e imparcialidad a la resolución³. El **Arbitraje de Inversiones** se presenta como el instrumento idóneo para alcanzar una decisión favorable para este tipo de disputas regionales, y especialmente en las internacionales.

Previo a desarrollar la teoría del Arbitraje Internacional de Inversiones, conviene hacer una diferenciación entre esta figura y los otros medios pacíficos de resolución de conflictos existentes en Derecho Internacional. En primer lugar, el Arbitraje Internacional en

¹REY VALLEJO, P. “El Arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización”. *Revista de Derecho Privado*, n. 38, 2007 y 3-23. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033186001.pdf>

²GRANATO, L., y ODDONE, C.N. “La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión”. *Tendencias*, vol. 8, n.2, 2007 y 43-66.

³Ibidem.

sentido estricto, nace en el siglo XIX como un procedimiento pacífico para la solución de conflictos entre Estados⁴. Este mecanismo funda sus bases en la voluntariedad de las partes para someterse a la jurisdicción internacional, y por ende de respetar el laudo arbitral que dé fin al proceso. El carácter voluntario se consolida mediante el consentimiento expreso o tácito de los Estados. En segundo lugar, los entes privados que actúan en el mercado internacional disponen del Arbitraje Comercial Internacional. En él, personas físicas o jurídicas de distintas nacionalidades que mantienen un vínculo contractual mercantil, solucionan un conflicto con arreglo a normas de Derecho Internacional Privado⁵. El cuerpo jurídico pertinente regirá las normas de derecho sustantivo y de derecho procesal aplicables al caso. Habiendo hecho esta salvedad, procedemos con el análisis integral del Arbitraje Internacional de Inversiones.

El Arbitraje Internacional de Inversiones es también conocido como Arbitraje Inversionista-Estado (ISDS, por ser las siglas correspondientes a este término en inglés; *Investor-State Dispute Settlement*). El propio nombre indica que las partes involucradas en la controversia han de ser: la sociedad inversora transnacional, que inyecta capital en un estado foráneo, y el Estado receptor de tal inversión. El ISDS provee a las partes un sistema pacífico de resolución de conflictos. Aparentemente, este tipo de arbitraje resulta beneficioso para ambas partes pues les brinda flexibilidad, igualdad de oportunidades en sus pretensiones y la desjudicialización del proceso⁶. No obstante, estos procesos tienden a ser cada vez más opacos, subjetivos e inconsistentes con el interés público que impera en estas inversiones⁷. En el apartado tercero del presente capítulo desarrolla los beneficios y posibles conflictos que surgen en los Arbitrajes de Inversión, haciendo especial hincapié en lo que se refiere a Derechos Humanos.

Una de las características más singulares de este tipo de Arbitraje Internacional es su unilateralidad. A diferencia de otros tipos de métodos alternativos de resolución de conflictos,

⁴RODRÍGUEZ PLA, L. “Arbitraje internacional de inversiones: las perspectivas de presente y futuro”. *Universidad Pública de Navarra*, 2022, pp. 34-48. <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/43805/113826TFMrodriguez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵CALDERÓN MOREYRA, G.G. “Arbitraje comercial internacional”. *Derecho PUCP*, vol. 40, 1986, pp. 119. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/derecho40&div=12&id=&page=>

⁶LASCU, G.S.I. “El arbitraje internacional de inversiones: panorama presente y perspectivas de futuro”. *Universidad de Alcalá*, 2019. <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/40574/EI%20Arbitraje%20Internacional%20de%20Inversiones.pdf?sequence=1>

⁷FEBLES POZO, N. “Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional”. *Revista de Derecho Privado*, n.40, 2021, pp.465-494. <https://www.redalyc.org/journal/4175/417566095016/html/>

el ISDS se fundamenta en un tratado internacional que es ajeno al consentimiento de las partes⁸, pues es pactado entre el Estado anfitrión y el Estado nacional del inversionista. Legitimados por este tipo de tratados, el inversor y el Estado receptor, podrán acudir a la autoridad arbitral que corresponda para resolver una disputa con fundamento en el tratado pactado por las partes (AIIs). Sin embargo, esta unilateralidad implica que son arbitrajes “*sin vínculo contractual*”⁹ directo entre las partes del conflicto. Esta referencia incide en el hecho de que son los propios tratados, formulados entre los Estados y no las partes, los que acuerdan el arbitraje como medio para resolver aquellos problemas que surjan a raíz de la inversión. Esta previsión realizada por los soberanos, suscita una cuestión a resolver por los tribunales arbitrales, y es la verificación de que las partes que acuden a ellos pueden legítimamente acogerse a esta modalidad de arbitraje. Con carácter previo a resolver el fondo del asunto, el tribunal deberá confirmar que las partes pueden acudir al Arbitraje de Inversiones para resolver su conflicto. Para ello, atenderán a la nacionalidad de las partes, al lugar de la inversión y al tratado que corresponda.

La confidencialidad que caracteriza a otras modalidades de arbitraje no es aplicable al Arbitraje de Inversiones. La publicidad y la transparencia son exigibles en estos procedimientos pues existe una dimensión de interés público y de protección de los Derechos Humanos que se contraponen al carácter confidencial de los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR). De esta manera, se permite la participación de los *amicus curiae*¹⁰ en las decisiones de los árbitros, brindando una participación relevante al litigio desde una posición de tercero¹¹. Finalmente, otra de las notas características del Arbitraje de Inversiones es que los laudos se erigen principalmente a partir del Derecho Internacional Público, a pesar de que puedan hacer referencia al Derecho interno de algún estado¹².

⁸LASCU, G.S.I. “El arbitraje internacional de inversiones: panorama presente y perspectivas de futuro”. *Universidad de Alcalá*, 2019. <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/40574/EI%20Arbitraje%20Internacional%20de%20Inversiones.pdf?sequence=1>

⁹FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “El arbitraje internacional y sus dualidades”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, n.3, 2007, pp. 17-40. https://aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/ANUARIO_2006.pdf

¹⁰ Esta intervención fue introducida por las *Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI* (1968). En concreto, la regla 37 prevé que terceros puedan participar en el procedimiento: “*una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia*”.

¹¹FEBLES POZO, N. “Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional”. *Revista de Derecho Privado*, n.40, 2021, pp.465-494. <https://www.redalyc.org/journal/4175/417566095016/html/>

¹²FERNÁNDEZ ROZAS, J.C “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, n.2, 2009, pp. 335-378. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/ba437a20-3440-453f-8974-831e3293c81b/content>

Hasta la reciente asunción de los APPRI, las controversias que se suscitaban entre el Estado anfitrión y el inversionista extranjero se solucionaban mediante acuerdos diplomáticos o por la vía judicial del país de destino. El arbitraje se entendía como una vía subsidiaria en caso de que los tribunales nacionales no alcanzaran una decisión o fuera insatisfactoria para las partes. No obstante, los últimos convenios plantean el Arbitraje de Inversiones como la vía primordial para atender un conflicto entre las partes de una inversión transfronteriza¹³. El arbitraje puede ser *institucional*, encomendando el litigio a una institución especializada, tales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o alguna Cámara de Comercio Internacional (CCI), o por el contrario, puede ser *ad hoc*, limitándose las partes del acuerdo a establecer ciertas normas arbitrales preexistentes e inexcusablemente aplicables al procedimiento. Sin embargo, desde el año 2021, la Unión Europea ha prohibido a los Estados Miembros el arbitraje *ad hoc*¹⁴ como una opción para resolver sus controversias (STJUE C-109/20)¹⁵.

Finalmente, el Arbitraje Internacional de Inversiones se presenta como el método óptimo para la resolución de conflictos entre el Estado anfitrión y el inversionista, pues ofrece a las partes un procedimiento flexible, ágil y garantista del interés público. Resulta significativo señalar el papel que este último tiene en todos los procesos de Arbitraje de Inversiones. El interés público, condiciona la confidencialidad y la regulación que va a aplicar en tales procedimientos, pues se entiende que los intereses de la comunidad internacional prevalecen frente a cualquier motivación del inversionista privado.

2. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS

No existe una definición unívoca sobre qué son los Derechos Humanos. De esta manera, los estudios sobre Derechos Humanos se enfocan en su evolución, características comunes y repercusión para explicar la naturaleza de estos.

¹³FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, n.2, 2009, pp. 335-378. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/ba437a20-3440-453f-8974-831e3293c81b/content>

¹⁴ *Ad hoc*: “para referirse a lo que se dice o hace solo para un fin determinado”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed. Recuperado el 8 de febrero 2024 <https://dle.rae.es/ad%20hoc>

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) C-109/20, de 26 de octubre de 2021. Fecha de consulta: 4 de febrero de 2024 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0109>

El primer, y más notable, rasgo distintivo de todos los DDHH es que se reconocen como derechos inherentes a la persona, por lo que su subsistencia no depende del efectivo reconocimiento de los Estados. En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama la dignidad humana como el fundamento de los derechos allí consignados¹⁶. La propia naturaleza del hombre le distingue del resto de seres vivos, pues están dotados de razón y capacidad de autodeterminación, valores que construyen la dignidad humana. A su misma vez, es la propia dignidad humana la que pregona una igualdad esencial entre todos los hombres del mundo. Así, la dignidad se entiende como el pilar y la finalidad de la protección de los DDHH. La consecuencia directa de este reconocimiento es la universalidad de estos derechos, de manera que son inexorablemente aplicables a todo ser humano. La dignidad y la universalidad quedan recogidos en el art. 1 de la DUDH¹⁷:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹⁸ reconoció la existencia de unas reglas imperativas para la totalidad del orden internacional. El artículo 53 de la CVDT establece que estas reglas, también conocidas como *ius cogens*, no admiten pacto en contrario, y que sólo podrán ser modificadas por normas ulteriores y del mismo carácter. La clasificación de ciertas normas como *ius cogens* implica la universalización de las mismas, en cuanto a su reconocimiento y aplicación. Así, la libertad de todos los Estados e individuos, sin excepción ni de cultura ni de religión, queda limitada por tales normas. Los Derechos Humanos, desde su declaración en 1948, forman parte de este conjunto de normas internacionales diferenciadas por su rasgo de obligatoriedad, irreversibilidad y universalidad¹⁹. Consecuentemente, los DDHH tienen el carácter de *ius cogens*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰ declaró en su opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 que: “*la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la*

¹⁶ BAEZ, N.L.X., & MEZZARROBA, O. “Dimensiones de los derechos humanos fundamentales”. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.46, 2013, pp. 103-136.

¹⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

¹⁹ ARRAU, F. “Los crímenes de lesa humanidad: el *ius cogens* y las obligaciones erga omnes, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad”. *Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional Serie Estudios*, n. 330, 2005, pp. 5-8. <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2733/nro330.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pg. 6.

existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder público". Inevitablemente, el reconocer el carácter inherente al ser humano y de *ius cogens* de los DDHH, limita el poder de los Estados. En primer lugar, los DDHH suponen una restricción directa al poder público, pues constituyen "*esferas individuales*" eminentemente inviolables por las autoridades estatales en base a las normas de Derecho Internacional vigentes. En segundo lugar, la comunidad internacional afirma el valor superior de los DDHH con respecto a otras normas, de manera que se exige a los Estados que respeten, garanticen y satisfagan el adecuado goce de los mismos²¹.

Los Derechos Humanos no sólo establecen límites para el Estado, sino que también suponen responsabilidades desde el momento que se adhieren o ratifican el tratado internacional²². La particularidad de los Derechos Humanos es que, los acuerdos que los incluyen, obligan a los Estados a someterse a un ordenamiento jurídico integral²³, que afecta directamente a las personas sobre las que ejerce su soberanía. Los intereses que incluye este régimen jurídico son tan amplios y ambiguos, que no existe un ámbito estatal que no se vea afectado por los DDHH, ya sea a nivel interno o externo. Por ende, los soberanos han de respetar, garantizar y satisfacer estos derechos fundamentales, en todas las facetas en las que se desenvuelven so pena de sanciones a nivel internacional de tipo diplomáticas, económicas o militares²⁴.

A pesar de que cualquier ente puede cometer faltas contra la dignidad de las personas, únicamente podrán llegar a constituir violaciones de DDHH aquellas acciones que provengan de funcionarios o autoridades estatales²⁵. Así, un individuo perpetra delitos contra la dignidad de las personas, y el Estado, como garante de estos derechos, incurre en violaciones contra los DDHH. Sin embargo, la jurisprudencia está evolucionando hacia posturas más flexibles.

²¹NIKKEN, P. "El concepto de derechos humanos". *Estudios básicos de derechos humanos*, n.1, 1994, pp. 15-37.

http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_AVA/Curso_AVA_8-02/Entorno_de_Conocimiento_8-02/Bibliografia_Unidad_2/Concepto_de_Derechos_Humanos.pdf

²²Ibidem.

²³BOHOSLAVSKY, J.P. y JUSTO, J. "Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión". *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, LC/W.375, 2011, pp. 19.

²⁴GALLO COBIAN, V., GAUCHÉ MARCHETTI, X. y HUERTAS JIMÉNEZ, M.J. "Las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los derechos humanos. Relaciones peligrosas". *Anuario mexicano de derecho internacional*, n.8, 2008, pp. 143-486.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100004

²⁵BELTRÁN VERDES, E. "Investigación De Violaciones De Derechos Humanos Y Crímenes De Derecho Internacional". *Universidad De La Plata*, n.30, 2015, p. 1.
<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/T%C3%A9cnicas%20de%20Investigaci%C3%B3n.pdf>

En su labor de garante, el Estado ha de asegurar una correcta integración de los Derechos Humanos en su sistema jurídico nacional para que estos sean respetados por sus nacionales. En la mayoría de Estados modernos, los DDHH son nucleares en la redacción de su Carta Magna, lo que permite que haya una protección jurisdiccional de los mismos. Sin embargo, no es suficiente. Asimismo, las constituciones nacionales deberían cerciorarse de crear un marco jurídico que se adhiriera a la labor de los organismos internacionales destinados al desarrollo y la protección de los DDHH²⁶. La existencia de organizaciones transnacionales en esta materia no pretende menoscabar la soberanía nacional. Por el contrario, la protección internacional de los DDHH es una vía subsidiaria para afianzar la defensa del valor supremo que ha de configurar todos los sistemas jurídicos modernos: la dignidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son algunos ejemplos de organismos supranacionales que velan por la protección de estos valores.

Definitivamente, es complicado dictar una única definición de los Derechos Humanos. En aras al objeto de este estudio, cabe destacar algunas características comunes que comparten todos los DDHH. En primer lugar, estos derechos son inherentes a la persona, y nacen como reconocimiento al valor supremo en el que se fundan: la dignidad humana. Toda persona es digna por el hecho de existir, lo que proclama la igualdad entre todos los seres humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 aboga por la protección de los DDHH, por reconocer que estos son inherentes, universales e inalienables a la naturaleza del hombre. Además, este acuerdo internacional reconoce tales normas como parte del *ius cogens*, brindándoles una mayor protección frente al poder, esencialmente frente al poder estatal. Los Estados deben respetar, garantizar y satisfacer los Derechos Humanos, lo que inevitablemente limita su actuación, so pena de sanciones internacionales a distintos niveles. A pesar de que tradicionalmente las violaciones de DDHH han sido propiamente atribuidas a los Estados, este trabajo prueba como la jurisprudencia está evolucionando, y ha empezado a reconocer que existen faltas a estos derechos fundamentales en las inversiones transnacionales.

²⁶CASTILLO CÓRDOVA, L. “El Derecho Constitucional sobre Derechos Humanos”. *Derecho y Sociedad*, n. 51, 2018, pp. 33-42.

3. INTERSECCIÓN ENTRE ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Después de contextualizar los dos tópicos que inspiran este trabajo, el Arbitraje de Inversiones y los Derechos Humanos, es necesario ahondar en la relación que ha surgido entre ambos en los últimos años. La creciente popularidad del Arbitraje de Inversiones, cómo principal vía de solución de conflictos entre Estado e inversor, ha desencadenado ciertos interrogantes en lo que respecta a las relaciones jurídicas de los distintos entes de Derecho Internacional. Asimismo, la promoción de estas inversiones extranjeras ha evidenciado las dificultades que persisten en la efectiva protección de los DDHH a nivel mundial.

3.1. Posibles Conflictos entre Ambas Áreas

El Arbitraje de Inversiones no deja de ser un método alternativo de resolución de conflictos, lo que inevitablemente conlleva una serie de ventajas y desventajas con respecto a los otros procedimientos. Las principales críticas a este sistema tienen dos vertientes; aquellas críticas de carácter procesal y aquellas que se refieren a cuestiones de fondo.

Los reproches en el ámbito procesal cuestionan si este tipo de arbitraje cumple con las garantías fundamentales para todo procedimiento jurídico, ya sea judicial o extrajudicial²⁷. En todo procedimiento ha de primar la independencia, la eficacia y la transparencia. Esta última ha cobrado especial relevancia en los últimos años, y con más ímpetu en los Arbitrajes Inversionista-Estado por su fuerte implicación con el interés público²⁸. A causa de las exigencias en materia de transparencia, el Estado anfitrión está obligado a informar al inversor sobre la legislación y los procesos administrativos pertinentes que puedan afectar a la inversión extranjera. La transparencia ha llegado a considerarse como requisito indispensable para cumplir con el estándar de “*trato justo y equitativo*”²⁹ con los inversores extranjeros³⁰. La participación de figuras como los *amicus curiae* prueban esta evolución hacia la transparencia en los procedimientos arbitrales de inversiones.

²⁷RODRÍGUEZ PLA, L. “Arbitraje internacional de inversiones: las perspectivas de presente y futuro”. *Universidad Pública de Navarra*, 2022, pp. 34-48. <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/43805/113826TFMrodriguez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁸FEBLES POZO, N. “La transparencia en el arbitraje internacional y en los tratados bilaterales de inversión”. *Universidad de Girona*, 2019, pp. 33-58. https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/667357/tnfp_20190329.pdf?sequence=4&isAllowed=y

²⁹“*Trato justo y equitativo*”: obligación indispensable para el Estado en los Arbitrajes de Inversión.

³⁰YANNACA-SMALL, K. “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”. *Standards of Investment Protection*, 2004, pp. 121-122.

Las cuestiones de fondo que se cuestionan en la actualidad resultan ser un anticipo de los problemas que persisten entre el Arbitraje de Inversiones y los Derechos Humanos. En primer lugar, se duda sobre la imparcialidad del procedimiento arbitral de inversiones por considerar que se favorece a los inversores tanto en los acuerdos³¹, como en las resoluciones³² de los tribunales. Diferentes estudios han probado que no se da preferencia a los inversores en estas relaciones, sino que son factores como la elección de la norma aplicable, el lugar del arbitraje o la situación económica y política del país receptor la que juegan un papel fundamental en los laudos³³. Aun así, los inversores se ven favorecidos por estas circunstancias.

En ocasiones, el Arbitraje de Inversiones se percibe como una merma a la soberanía de los Estados Receptores, pues estos han de ceder algunas de sus competencias a organizaciones internacionales para la resolución del conflicto por la vía arbitral. En relación a esta crítica es necesario definir la *inmunidad jurisdiccional* de los estados, entendida como “*principio derivado de los de soberanía, independencia e igualdad de los Estados que impide que un Estado, sus órganos de gobierno o sus bienes puedan quedar sometidos a la jurisdicción de otro Estado*”³⁴. Por este motivo, cuando un Estado, mediante un acuerdo internacional, decide someter sus controversias al arbitraje está renunciando a uno de sus poderes exclusivos: el poder judicial, pues transfiere ciertas potestades nacionales a las instituciones arbitrales. No obstante, esta acción no implica que el Estado esté renunciando a su soberanía. El consentimiento que otorga para la implementación de los TBIs es una evidencia de su soberanía, que demuestra que el Estado es soberano, y sólo él, tiene capacidad para establecer los derechos y obligaciones que van a derivar de dicho acuerdo.

La mayor crítica al actual sistema de Derechos Humanos es la inadecuación entre la teoría y la práctica de estos derechos³⁵. Primeramente, estos derechos nacen cómo universales. Sin embargo, no existe una adaptación de estos derechos a las culturas o

³¹LATORRE BOZA, D. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de las Inversiones: una relación dialéctica”. *Repositorio del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos (PUCP)*, n.6, 2016, pp. 127-141.

³² *Ibidem* (25).

³³FRANCK, S. y WYLIE, L. “Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration”. *Duke Journal Law*, n.65, 2015, pp. 493-495.

³⁴ DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO (2023). Recuperado el 19 de febrero 2024 <https://dpej.rae.es/lema/inmunidad-jurisdiccional-de-los-estados-y-de-sus-bienes>

³⁵ABARCA LIZANA, M. “¿Para quién trabajan los derechos humanos? Críticas al sistema internacional de los derechos humanos desde una perspectiva interseccional”. *Anuario de Derechos Humanos: Universidad de Chile*, vol.15, n. 2, 2019, pp. 315-322.

situaciones de los diversos países del mundo. El orden internacional espera que las teorías de origen occidental que han inspirado los Derechos Humanos se impongan al resto de pueblos del mundo, sin considerar que estos pueden tener identidades propias que entran en conflicto con estas normas. Secundariamente, el discurso de los Derechos Humanos tiene un carácter eminentemente amplio³⁶, de manera que se asegura la idoneidad y adaptación con el paso del tiempo. No obstante, esta ambigüedad ha llevado a que dentro de los límites del discurso de los DDHH puedan darse acciones contrarias a los derechos que este pregona.

Por último, la ineffectividad de los Derechos Humanos ha llevado a algunos autores a considerarlos como: “*una promesa de justicia*”³⁷. El verdadero desafío de esta promesa es mantenerla. Desde el reconocimiento de los DDHH en 1948, la humanidad ha sufrido innumerables violaciones de estos derechos que no han podido ser refrendados por ningún poder público. Definitivamente, el arreglo de poder entre el orden internacional y los órdenes nacionales de los distintos Estados no está asegurando la protección de la dignidad humana. Hoy en día, y casi un siglo después desde el reconocimiento internacional de estos derechos, siguen prevaleciendo intereses económicos, políticos y militares frente a la protección de la humanidad.

Los Estados no muestran indiferencia ante estas problemáticas. En los últimos años, ha surgido una cierta tendencia hacia el desarrollo de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) para proteger los derechos de los inversores y del país receptor de los fondos³⁸. Los países en desarrollo han mostrado un particular interés en suscribir este tipo de regulación de la inversión. Sin embargo, estos acuerdos reflejan una marcada asimetría entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, que se evidencia en un régimen sumamente favorable para el inversor extranjero en comparación con los beneficios obtenidos por el país en vías de desarrollo que los acoge³⁹.

La proliferación de inversiones extranjeras ha impulsado una mayor regularización de estas relaciones internacionales mediante los APPRI, en los que subyacen otras áreas de

³⁶Ibidem.

³⁷PASTORE, B., et al. “El desafío de la efectividad”. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n. 50, 2024, pp. 85-93. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/DYL/article/view/8233/6438>

³⁸AL FARUQUE, A. “Mapping the relationship between investment protection and human rights”. *Journal of World Investment Trade*, vol. 11, n. 4, 2010, pp. 539-560.

³⁹TOBAR TORRES, J.A. “Receptividad y Resistencias del Discurso de los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 64-81. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n3/0718-0012-iusetp-27-03-64.pdf>

Derecho Internacional, como el Arbitraje de Inversiones e indirectamente, los Derechos Humanos. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) tenían como objetivo principal estandarizar las normativas y los procedimientos de resolución de conflictos para las inversiones extranjeras entre dos Estados. Sin embargo, en este proceso también han prevalecido la falta de coordinación a nivel internacional y los intereses particulares de los entes involucrados. En consecuencia, los TBIs evidencian que los problemas inherentes al Derecho Internacional, especialmente a las ramas del Arbitraje de Inversiones y Derechos Humanos, persisten e incluso se agravan durante el proceso de formalización y ejecución de estos convenios internacionales.

La relación defectuosa entre el Arbitraje de Inversiones y los Derechos Humanos es el resultado de las deficiencias que subsisten en el conjunto del ordenamiento jurídico internacional⁴⁰. La fragmentación del derecho internacional, la interacción entre los derechos de los inversionistas y los DDHH de los ciudadanos nacionales, y como consecuencia, el llamado *enfriamiento regulatorio*, son las influencias más significativas en la disfuncionalidad de los TBIs. El siguiente epígrafe aborda en detalle las cuestiones aquí planteadas, y posteriormente, se presentarán las posibles soluciones que plantean los estudios doctrinales.

Ya en 2003, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴¹ advirtió sobre la creciente necesidad de integrar ambos regímenes, con el fin de que las políticas de desarrollo de las inversiones extranjeras cumplieran con las obligaciones derivadas de los Derechos Humanos. La realidad es que el proceso de integración ha avanzado poco o nada. Existen demasiados intereses individuales que podrían verse afectados por esta unificación, lo que ha suspendido su progreso. Sin embargo, las propuestas presentadas en las recientes investigaciones prueban los potenciales beneficios que podrían derivarse de la armonización de los Tratados de Inversión y los Derechos Humanos.

⁴⁰Ibidem.

⁴¹Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (2003). Informe E/CN.4/Sub.2/2003/9. El propio informe relata: “*Al principio se señala que es difícil generalizar la relación entre los derechos humanos y las inversiones y que ella depende de diversos factores como el tipo de inversiones de que se trate, el sector en que se invierte, el país correspondiente, la motivación de los inversionistas y las medidas que adopte cada gobierno. Teniendo en cuenta estas variables, se indica que inversiones bien dirigidas podrían promover y proteger los derechos humanos y en la actualidad la mayoría de los países en desarrollo desean las inversiones como un medio de promover el desarrollo*”.

3.2. Potenciales Beneficios de la Integración

La globalización ha acarreado un crecimiento sin precedentes. A pesar de que ha construido un mundo más interconectado y cooperativo, también ha traído consigo más descentralización y disparidad.

El entorno jurídico internacional ha perdido consistencia por la proliferación de órganos estatales y no estatales con legitimidad para dictar normas o resolver conflictos⁴². En consecuencia, existen pluralidad de contradicciones en el Derecho Internacional. Un ejemplo de ello, en relación con el objeto de estudio, es la capacidad de los Estados de suscribir TBIs que sustancialmente no garantizan los Derechos Humanos de las personas, a pesar de que el Estado, como soberano, ha de respetar, garantizar y satisfacer tales derechos⁴³. La armonización del Derecho de Inversiones y los Derechos Humanos supondría una mayor coherencia en el orden internacional, y por tanto, una efectiva protección de los DDHH.

Durante el proceso de globalización, los Estados han buscado la protección de sus intereses al amparo de nuevos Tratados de Inversión. Actualmente, hay más de 3.300 TBIs en vigor⁴⁴, los cuales establecen las normas y procedimientos para resolver conflictos relacionados con las inversiones en los distintos Estados. La función interpretativa de los tribunales arbitrales podría facilitar la incorporación de los Derechos Humanos en la resolución de los disputas derivadas de inversiones extranjeras. Por ende, los Tribunales Arbitrales serían un mecanismo para conciliar los DDHH y el Derecho Internacional de Inversión (DII)⁴⁵, otorgando igual valor a los derechos e intereses derivados de ambas áreas.

⁴²ARÉVALO MOSCOSO, M.A. “Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick”. *Revista Direito GV*, vol. 18, n. 3, 2022, pp. 1-23.

⁴³GALLO COBIÁN, V., GAUCHÉ MARCHETTI, X. y HUERTAS JIMÉNEZ, M.J. Las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los derechos humanos. Relaciones peligrosas. Anuario mexicano de derecho internacional, n.8, 2008, pp. 143-486.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100004

⁴⁴COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT. “Cartilla: Tratados Internacionales de Inversión y Solución de Controversias Inversor-Estado”. *CCSI: Columbia Center on Sustainable Investment*, 2021.
<https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/Cartilla%20-%20Tratados%20Internacionales%20de%20Inversio%CC%81n%20y%20Solucio%CC%81n%20de%20Controversias%20Inversor-Estado.pdf>

⁴⁵ARÉVALO MOSCOSO, M.A. “Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick”. *Revista Direito GV*, vol. 18, n. 3, 2022, pp. 1-23.

Asimismo, la integración del Derecho Internacional de Inversión y los Derechos Humanos, no sólo sería beneficiosa, sino también necesaria. La interdependencia entre estas dos áreas requiere un enfoque unificado, garantista y adaptado a la nueva era de globalización en la que el mundo está inmerso. El Arbitraje de Inversiones se presenta como la vía segura para materializar la integración entre ambas áreas de Derecho Internacional.

CAPÍTULO II. LÍMITES DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS: CRÍTICAS AL ACTUAL SISTEMA

1. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional nace con una vocación de garantizar la seguridad y la paz en todo el mundo. En el momento histórico en el que surge, bastaba con regular el conflicto armado, los intereses marítimos y las relaciones diplomáticas de los Estados⁴⁶. Sin embargo, hoy día, el Derecho Internacional ha extendido su soberanía sobre multitud de dimensiones más: medioambientales, del trabajo, de los refugiados... El paulatino desarrollo del Derecho Internacional ha virado hacia una excesiva especialización de los temas, poniendo en peligro su homogeneidad y coherencia como rama jurídica. Este fenómeno se conoce como *la fragmentación del Derecho Internacional Público*, y fue advertido por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el año 2006⁴⁷. El informe fija los antecedentes, hechos y potenciales conflictos que deriva de la excesiva especialización del Derecho Internacional:

*“Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general», se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo» e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», etc. Cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones. El problema, a juicio de los juristas, es que esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho”.*⁴⁸

Así, el informe de la CDI revela las contrapartidas de la *fragmentación del Derecho Internacional*. En primer lugar, la coexistencia de los regímenes autónomos⁴⁹ que nacen de un problema concreto en la generalidad del panorama internacional (ej. los Derechos Humanos),

⁴⁶ECHAIDE, J. “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 Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, vol. 8, n. 12, 2014, pp. 140-162.

⁴⁷Comisión de Derecho Internacional (2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Informe A/CN.4/L.682 https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

⁴⁸Ibidem. pg. 11.

⁴⁹Los regímenes autónomos son entendidos como sub-categorías dentro del Derecho Internacional que tienen distintos sentidos. En lo referido al objeto de estudio de este trabajo, entendemos los regímenes autónomos como *esferas completas de especialización funcional en el sentido de aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración*. PAGLIARI, A.S. “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos”. *Ars Boni et Aequi*, n. 5, 2009, pp. 11-38.

y por otro lado, los tratados internacionales dirigidos a zonas geográficas específicas (ej. cualquier TBI) devienen en problemas de colisión de normas, no sólo con otras normas internacionales sino también con las normas estatales de los países. Consecuentemente, se encuentran contradicciones en las resoluciones judiciales y en los laudos arbitrales⁵⁰.

En segundo lugar, la positivación de normas también conlleva la creación de instituciones dedicadas a garantizar el cumplimiento efectivo de dichas normas. La existencia de normas específicas e instituciones correspondientes pueden dar una falsa impresión de autonomía a las diferentes subcategorías del orden internacional. Sin embargo, la realidad demuestra que todas estas especialidades están interconectadas en la dinámica internacional⁵¹. A pesar de que las motivaciones de estas especialidades pueden ser variadas, no necesariamente tienen que ser contradictorias entre sí. Por lo tanto, abordarlas de forma aislada puede generar contradicciones e ineffectividad dentro del orden internacional, poniendo en riesgo los intereses subyacentes de las áreas involucradas. Además, la tendencia a la autorregulación permite a las partes elegir el foro más favorable para sus intereses, lo que aumenta la incertidumbre jurídica y el favorecimiento de ciertos Estados o entes dentro de una misma disputa⁵².

Un ejemplo concreto de las repercusiones de la *fragmentación del Derecho Internacional* es el Derecho de Inversiones y los Derechos Humanos. Tradicionalmente, las inversiones corporativas en países foráneos no encontraban relación alguna con los DDHH, ya que los TBIs o los APPRI que las regulan no preveían provisiones específicas para la protección de estos derechos inherentes a la persona⁵³. Sin embargo, del desarrollo de esta ramificación del Derecho Internacional han resultado puntos de encuentro entre las responsabilidades de los inversionistas y los derechos de los ciudadanos, que plantean la cuestión de cómo se relacionan los contenidos del Derecho Internacional de Inversión y los

⁵⁰ECHAIDE, J. “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 Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, vol. 8, n. 12, 2014, pp. 140-162.

⁵¹Comisión de Derecho Internacional -CDI (2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Informe A/CN.4/L.682, pg. 11. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

⁵²VÁZQUEZ, A., MARCOTE, N. M. y OSORIO, J. E. “Los tratados bilaterales de inversión desde la perspectiva de la convención de Viena de Derecho de los Tratados: un camino hacia la “defragmentación” del Derecho Internacional”. *Misión Jurídica*, vol. 14, n. 20, 2021, pp. 26-42. <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/1907/2776>

⁵³BALCERZAK, F. *Investor-state arbitration and human rights*, Brill, Boston, 2017 y p. 3.

DDHH, ya sea voluntariamente o esporádicamente en el curso de implementación de los TBIs⁵⁴.

A comienzos de los años 2000, las autoridades internacionales se percataron de la inobservancia de los DDHH por parte de los Estados receptores de inversiones extranjeras. Así lo advirtió el famoso informe Ruggie sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales⁵⁵:

Para atraer inversiones extranjeras, los Estados de acogida ofrecen protección por medio de tratados bilaterales de inversión y acuerdos de gobiernos receptores. Éstos prometen tratar a los inversores de manera justa, equitativa y sin discriminación, y se comprometen a no hacer cambios unilaterales en las condiciones de inversión. Ahora bien, las protecciones al inversor han aumentado sin tener mucho en cuenta los deberes estatales de proteger los derechos humanos, sesgando el equilibrio entre ambos aspectos. Por consiguiente, a los Estados de acogida les puede resultar difícil fortalecer las normas nacionales en el plano social y ambiental, en particular las relacionadas con los derechos humanos, sin temor de las impugnaciones de inversores extranjeros que pueden plantearse en virtud de arbitrajes internacionales vinculantes.

Ante tales colisiones entre los derechos derivados de los acuerdos para la protección de las inversiones y de aquellos provenientes de los DDHH, los tribunales arbitrales responden de manera heterogénea. Históricamente, los laudos arbitrales mostraban cierta reticencia a considerar argumentos basados en los Derechos Humanos de las personas o Estados afectados por abusos en las inversiones extranjeras⁵⁶. Sin embargo, parece que los tribunales están reconsiderando esta postura, como se evidenció en el caso *Urbaser vs. Argentina*⁵⁷ que será, más adelante, analizado en profundidad. Sea como fuere, las decisiones de los tribunales arbitrales suelen basarse únicamente en una de las dos ramas del Derecho, sin integrar ni interpretar conjuntamente ambas facetas del Derecho Internacional⁵⁸. Así, el laudo se inclina por una de las problemáticas que residen en la inversión, sin tener una visión global y sistemática del conflicto internacional.

⁵⁴TOBAR TORRES, J.A. “Receptividad y Resistencias del Discurso de los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 64-81. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n3/0718-0012-iusetp-27-03-64.pdf>

⁵⁵Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2008), Resolución A/HRC/8/.

⁵⁶ARCURI, A. “The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration”. *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2018.

⁵⁷*Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*, Laudo, CIADI N.º ARB/07/26 8 de diciembre de 2016. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

⁵⁸TOBAR TORRES, J.A. “Receptividad y Resistencias del Discurso de los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 64-81. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n3/0718-0012-iusetp-27-03-64.pdf>

Si bien la autorregulación en el ámbito internacional ha emergido como una consecuencia natural de la complejidad del mundo globalizado, está generando más contradicciones que soluciones efectivas. El principal problema radica en que el proceso orgánico de especialización del Derecho Internacional no ha sido acompañado por los correspondientes métodos de integración sistemática de las normas transnacionales. Con la creación del Derecho Internacional general se estableció un *modus operandi* para resolver los conflictos normativos, y esto mismo debería establecerse para los regímenes especializados. Es esencial interpretar las normas internacionales de manera conjunta⁵⁹ para superar las divergencias que están surgiendo debido a la *fragmentación del derecho internacional*. Esta necesidad se ha podido evidenciar en las tensiones que se dan en los Arbitrajes de Inversión, como consecuencia de la disparidad entre el Derecho Internacional de Inversión y los DDHH. El siguiente capítulo de este estudio examina las oportunidades que derivarán de una integración sistemática del orden internacional.

2. ENFRIAMIENTO REGULATORIO: ¿A QUIÉN BENEFICIA LA REGULACIÓN ACTUAL?

El Derecho Internacional, desde su constitución en 1648 con la Paz de Westfalia, ha considerado la libre determinación de los pueblos como uno de los valores supremos del sistema⁶⁰. El concepto de autodeterminación engloba “*el derecho (inherente) de un pueblo a decidir su destino en el orden internacional*”⁶¹, por lo que se concibe como presupuesto necesario para asegurar la paz y la seguridad internacional, que fueron los intereses que dieron lugar al nacimiento de esta rama jurídica. Reconocida en el artículo primero de la Carta de las Naciones Unidas⁶², la autodeterminación estructura el desarrollo del Derecho Internacional.

El citado derecho de la libre determinación tiene una serie de implicaciones, que están íntimamente ligadas con el objeto de estudio de este trabajo, la relación dialéctica entre el Derecho de Inversiones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y las repercusiones que acarrea en los consecuentes Arbitrajes de Inversión. En primer lugar, en el

⁵⁹PAGLIARI, A.S. “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos”. *Ars Boni et Aequi*, n. 5, 2009, pp. 11-38.

⁶⁰ORTIZ DE LA TORRE, T., et al. “La historia del derecho internacional: en el centenario de la obra de Joaquín Fernández Prada”. *Revista jurídica de Asturias*, n. 40, p. 30.

⁶¹LÓPEZ-JACOISTE-DÍAZ, E. “El derecho de autodeterminación según el Derecho internacional y la reivindicación de Cataluña”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, p. 151.

⁶²Carta de las Naciones Unidas (1945). Capítulo I: propósitos y principios. Artículo 1.2.

contexto de la descolonización de ciertos pueblos, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció tal derecho a *todos los pueblos*⁶³ que componen el orden internacional. En segundo lugar, este derecho abarca la libertad de los pueblos de decretar su propio orden jurídico-político, en aras al desarrollo económico, social y cultural de la nación. A su misma vez, la libertad de autodeterminarse habilita la integración y cooperación de los distintos pueblos entre sí⁶⁴.

La independencia que garantiza la libre determinación de los pueblos viene acompañada de un resultado directo dentro del orden internacional, y es el “*derecho de los pueblos a determinar su propio estatus jurídico y político, sin injerencia extranjera*”⁶⁵. A pesar de que pueda haber exigencias o requisitos por parte de las diferentes instituciones internacionales, los órganos estatales son los encargados de redactar la normativa de la nación de conformidad con sus intereses y necesidades. Así, la regulación estatal es el instrumento a través del cual el gobierno de la nación limita las conductas que perjudiquen al interés público, y fomenta aquellas que lo favorezcan⁶⁶. Indudablemente, existen ciertos sectores con una mayor intervención normativa estatal, pues en ellos el interés público puede verse más afectado.

Como consecuencia de la oleada de inversiones extranjeras del pasado siglo, y sus correspondientes regulaciones (AII), ha tenido lugar un fenómeno conocido como el “*enfriamiento regulatorio*”. Este fenómeno consiste en que el Estado, como fuente única de producción normativa en favor del interés público nacional, se reprime de regular sectores que perjudican tal interés por evitar la desincentivación de la entrada de capital extranjero en el país⁶⁷. Esta inhibición regulatoria ha sido compartida por distintos Estados en todo el mundo. Sin embargo, es más común en los países en vías de desarrollo por las necesidades

⁶³Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960: Las Naciones Unidas y la descolonización. Artículo 2. Disponible en: https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/I2/I2-2A.htm

⁶⁴PIERNAS LÓPEZ, J.J. “100 años de libre determinación de los pueblos. La evolución del principio”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, p. 260. <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/8216>

⁶⁵LÓPEZ-JACOISTE-DÍAZ, E. “El derecho de autodeterminación según el Derecho internacional y la reivindicación de Cataluña”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, p. 157.

⁶⁶MARTÍNEZ GALVIS, C. “Arbitraje de inversión y enfriamiento regulatorio en materia de protección de los páramos: el caso del Páramo de Santurbán”. *Universidad Externado de Colombia*, 2023, p. 92. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/93263463-65f0-4c29-aa5c-522f79b30c4e/content>

⁶⁷MARTÍNEZ GALVIS, C. “Arbitraje de inversión y enfriamiento regulatorio en materia de protección de los páramos: el caso del Páramo de Santurbán”. *Universidad Externado de Colombia*, 2023, p. 92. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/93263463-65f0-4c29-aa5c-522f79b30c4e/content>

económicas a las que se enfrentan, lo que hace que estos desarrollen APPRI en condiciones de mayor desigualdad y con poca perspectiva de futuro⁶⁸.

Así, y desde otro enfoque, el “enfriamiento regulatorio” se intensifica por el hecho de que todos estos proyectos de emprendimiento internacional están sujetos a regímenes internacionales de protección de las inversiones extranjeras (APPRI)⁶⁹. El hecho de que las inversiones extranjeras estén reguladas en el orden internacional conlleva que el último instrumento para la resolución de conflictos en estas circunstancias es el Arbitraje Internacional (ISDS). Los Acuerdos Internacionales que rigen entre los países no son actuales, y las condiciones económicas, sociales y ambientales han cambiado considerablemente desde la entrada en vigor de estos acuerdos⁷⁰. En consecuencia, el Estado se refrena de mejorar la regulación nacional para no contradecir tales tratados que le podrían llevar a incurrir en posibles responsabilidades legales transnacionales. Añadir que las contradicciones que existen entre los laudos arbitrales de las ISDS⁷¹, aumenta la reticencia de los Estados a la posibilidad de tener que acudir al CIADI por la inseguridad jurídica que se percibe de este ADR.

El derecho autónomo de los Estados a la autodeterminación, especialmente regulatoria, se ve mermada en el marco de las inversiones extranjeras. El Estado, en su faceta de soberano del poder político-jurídico del país, es el responsable de equilibrar las políticas que favorecen el interés público y aquellas que contribuyen a los intereses privados⁷². Indiscutiblemente, las decisiones que se toman a este respecto afectan a las relaciones internacionales que la nación mantiene con otros países. A pesar de que el poder del Estado es soberano, al integrarse este en un sistema internacional, como es el ISDS, debe adaptarse a

⁶⁸MARII, R. “Trato Especial y Diferenciado en los Acuerdos Internacionales de Inversión”, *Investment Treaty News*, 12 de diciembre de 2016. <https://www.iisd.org/itn/es/2016/12/12/special-and-differential-treatment-in-international-investment-agreement-s-riham-marii/>

⁶⁹BOHOSLAVSKY, J.P. “Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)”. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, LC/W.326, 2010, p. 37. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/fc1ed5b8-e13a-422e-aacc-9fc862812de9/content>

⁷⁰JOURAVLEV, A.; SARAVIA MATUS, S.; GIL SEVILLA, M. “Reflexiones sobre la gestión del agua en América Latina y el Caribe”. *Serie Páginas Selectas de la CEPAL. Santiago, Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, 2021, p. 108. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e5df0bb6-9457-439f-aa2c-9b1d1b1b1518/content>

⁷¹ARCURI, A. “The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration”. *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2018.

⁷²MARTÍNEZ GALVIS, C. “Arbitraje de inversión y enfriamiento regulatorio en materia de protección de los páramos: el caso del Páramo de Santurbán”. *Universidad Externado de Colombia*, 2023, p. 96. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/93263463-65f0-4c29-aa5c-522f79b30c4e/content>

las exigencias del mismo. El proceso de acoplamiento al que se someten los Estados para formar parte de la red internacional entorpece su capacidad regulatoria y el curso de los intereses nacionales. En el marco del ISDS, el autor Suárez Ricaurte afirma⁷³:

El ISDS, el diseño de las cláusulas sustanciales de los tratados de inversión, así como el contenido de varios laudos arbitrales desarrollan y contienen una limitación injustificada e inapropiada de la capacidad regulatoria del Estado y de sus prerrogativas ambientales, administrativas y económicas. Tal limitación significa un favorecimiento desmedido a la inversión extranjera directa, y en últimas, dicho tratamiento se convierte en una grave afectación a la soberanía económica y política de los Estados, en particular si estos están en vías de desarrollo.

Así el fenómeno del “enfriamiento regulatorio” en las inversiones extranjeras tiene tres vertientes que están perjudicando considerablemente al sistema. En primer lugar, la ausencia de regulación estatal de ciertos sectores, especialmente en aquellos países en vías de desarrollo, para favorecer la entrada de inversionistas extranjeros al país. En segundo lugar, el “enfriamiento regulatorio” se manifiesta en la inhibición regulatoria de los órganos estatales para no enfrentarse al sistema de ISDS, que ha presentado gran incertidumbre e inseguridad jurídica en los últimos años. Finalmente, la última vertiente es la incapacidad de los Estados de regular en mayor profundidad aquellos sectores afectados por el emprendimiento extranjero si quieren permanecer en el sistema internacional Inversionista-Estado.

El “enfriamiento regulatorio” evidencia que el uso de la potestad regulatoria por parte del Estado está íntimamente ligada al beneficio o perjuicio de los intereses de las partes de las inversiones extranjeras. La vaguedad, o incluso inexistencia, de los estándares de protección de las inversiones permite interpretaciones laxas de los derechos de los inversores⁷⁴, lo que en la mayoría de los casos ha acabado por favorecer a los entes privados en los Arbitrajes Inversionista-Estado (ISDS)⁷⁵.

⁷³SUÁREZ RICAURTE, F. “Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI”. *International Institute for Sustainable Development (IISD)*. 19 de septiembre de 2019. https://www.iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/#_ftnref22

⁷⁴BOHOSLAVSKY, J.P. “Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)”. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, LC/W.326, 2010, pp. 16. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/fc1ed5b8-e13a-422e-aacc-9fc862812de9/content>

⁷⁵SUÁREZ RICAURTE, F., y DURÁN BONILLA, P.A. “Inversión extranjera y Derecho de la inversión extranjera en América Latina: retroceso económico y jurídico”. *Pobreza y desigualdad. Prospectiva 2030. XXI Jornadas de Derecho Constitucional Constitucionalismo en Transformación*, 2021, pp. 478-479. Los autores aseguran que: “lo que, sin lugar a dudas, es fiel reflejo de un sistema se inclina hacia el favorecimiento de los intereses privados de grandes multinacionales e individuos multimillonarios, en detrimento de los intereses soberanos de los Estados y de los derechos de millones de ciudadanos”.

La regulación de las inversiones es imprecisa y cuenta con vacíos legales en áreas que afectan al interés público. Sin embargo, estas han de emplearse en la resolución del conflicto que se discute en los Arbitrajes de Inversión⁷⁶. Inclusive, si las normas aplicables al ISDS⁷⁷ contarán con cláusulas oscuras o no hubiera una mención expresa en la ley sobre la cuestión que se está debatiendo, los árbitros del caso están obligados a pronunciarse sobre el problema con la regulación que está a su alcance⁷⁸.

Paralelamente al “enfriamiento regulatorio” se ha dado el problema de la *fragmentación del Derecho Internacional*, tal y como se mencionaba en el apartado anterior de este capítulo. Como consecuencia del desarrollo independiente de las distintas ramas del Derecho Internacional, el Derecho de las Inversiones se encuentra completamente aislado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que potencia los beneficios de los inversionistas en detrimento de la dignidad humana de los nacionales del país anfitrión⁷⁹.

De esta manera, a causa del “enfriamiento regulatorio”, el Derecho Internacional de Inversión favorece a los proveedores de capital. Asimismo, el amplio margen de discrecionalidad de los árbitros y la visión unidimensional que da la legislación a la recolocación internacional del capital suma a ese favorecimiento de la parte más fuerte. Los expertos auguran que esta asimetría jurídica va a implicar mayor inseguridad jurídica e imprevisibilidad en los Arbitrajes de Inversión⁸⁰. Actualmente, los laudos arbitrales no dependen de un Derecho Internacional autónomo y unificado, sino que se dictan en base a interpretaciones extensivas, regímenes propios e intereses privados. El sistema necesita principios comunes e interpretaciones universales del Derecho Internacional genérico, para así promover la coherencia, la cooperación y la igualdad en las inversiones transnacionales.

⁷⁶MARTÍNEZ GALVIS, C. “Arbitraje de inversión y enfriamiento regulatorio en materia de protección de los páramos: el caso del Páramo de Santurbán”. *Universidad Externado de Colombia*, 2023, p. 97. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/93263463-65f0-4c29-aa5c-522f79b30c4e/content>

⁷⁷Entendiendo por *normas aplicables*, aquellas señaladas por acuerdo entre las partes, o a falta de acuerdo, serán las derivadas de la legislación del Estado que sea parte en la diferencia. Las normas aplicables incluyen las normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables. Artículo 42. 1. del Convenio del CIADI: Reglamentos y Reglas (2006).

⁷⁸Artículo 42.2 del Convenio del CIADI: Reglamentos y Reglas (2006).

⁷⁹ECHAIDE, J. “Demandas en el CIADI y el Derecho Humano al agua: ¿Tratados de Inversiones vs. Derechos Humanos?”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°31, 2016, pp. 106. <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n31/1692-8156-ilrldi-31-00081.pdf>

⁸⁰ECHAIDE, J. “Demandas en el CIADI y el Derecho Humano al agua: ¿Tratados de Inversiones vs. Derechos Humanos?”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°31, 2016, pp. 106. <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n31/1692-8156-ilrldi-31-00081.pdf>

CAPÍTULO III. OPORTUNIDADES DE UNA INTEGRACIÓN SISTEMÁTICA

En la primera década del siglo XXI, nace un descontento y desencanto generalizado con el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS)⁸¹. Tal sentimiento llevó a que diversos Estados, muchos provenientes del Sur del continente Americano, comenzarán a desconfiar del sistema, y por ende, se negaran a recurrir a él para resolver sus disputas. Desde entonces, muchos países optaron por denunciar el Convenio del CIADI, buscaron terminar sus TBIs y sustituyeron el ISDS por otras formas de resolución de disputas como el Sistema de Tribunales de Inversiones. A este fenómeno se le ha denominado el “*backlash*” del Arbitraje de Inversión⁸², y se refiere, a la retirada o rechazo por parte de los Estados al Arbitraje de Inversión, y a la correspondiente búsqueda de alternativas para confrontar sus problemas dentro de las inversiones transnacionales.

La asimetría y disparidad que existe entre el Derecho Internacional de Inversión y los Derechos Humanos, ha acabado nublando el sistema de resolución de conflictos Inversionista-Estado (ISDS). Los problemas intrínsecos a cada una de estas áreas del Derecho Internacional se han traspasado al sistema arbitral, y los resultados no han sido los esperados. No obstante, los estudios prueban que existen oportunidades dentro del orden internacional que prevengan el fracaso absoluto de este método alternativo de solución de controversias.

Lo primero para salvaguardar la relación entre el Derecho de Inversiones y los DDHH es dejar de abordar los problemas derivados de ésta en clave de jerarquización, y pasar a entender el conflicto bajo “*lógicas de integración funcional*”⁸³. Para ello, Feria-Tinta ha desarrollado “*el principio de integración del Derecho Internacional*”⁸⁴, que cuenta con cuatro pautas para apreciar los conflictos y las soluciones dentro del orden internacional. Lo primero es que no se puede separar la resolución de conflictos y la interpretación. En segundo lugar, entender el Derecho Internacional como un sistema, no como un conjunto de normas aisladas. Por consiguiente, el conjunto de las normas de Derecho Internacional guardan una relación sistémica con otras normas. Y por último, una jurisdicción limitada no significa una limitación del alcance de la ley en la interpretación y/o aplicación del tratado.

⁸¹ VANINA, S. “Backlash in Investment Arbitration”. *Ius Mundi*, 19 de junio de 2023. <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-backlash-in-investment-arbitration>

⁸²Ibidem.

⁸³TOBAR TORRES, J.A. “Receptividad y Resistencias del Discurso de los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 68. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n3/0718-0012-iusetp-27-03-64.pdf>

⁸⁴FERIA-TINTA, M. “Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the *Wake of Philip Morris v. Uruguay*”. *Journal of International Arbitration*, vol. 34, n. 4, 2017, 608.

La principal conclusión de estas pautas es que los conflictos que emergen dentro del orden internacional han de abordarse dentro de un único sistema de Derecho Internacional para favorecer la coherencia, la efectividad y la justicia. En lo que respecta al objeto de estudio de este trabajo -el Derecho Internacional de Inversión y los Derechos Humanos-, las investigaciones de los últimos años encuentran dos oportunidades para armonizar las soluciones a los conflictos derivados de inversiones extranjeras. Estas son: potenciar las herramientas interpretativas de las normas aplicables y desarrollar la capacidad regulatoria de los Estados, así como las regulación relativa a los Derechos Humanos en los TBI.

1. HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN EN LA NORMATIVA

La interpretación tiene un función fundamental en el Arbitraje de Inversión como método alternativo de resolución de conflictos. Especialmente, en aquellas disputas en las que los Derechos Humanos entran en juego. El motivo por el cual la función interpretativa tiene tal relevancia en el ISDS es porque los textos normativos de los acuerdos de protección a la inversión suelen ser amplios y genéricos⁸⁵. Consecuentemente, las disposiciones normativas de los acuerdos no agotan el objeto de la interpretación. Los tribunales deben considerar otras expresiones de la intención, el contexto y el fin de la norma para entenderla en su conjunto.

Es crucial señalar que los tribunales arbitrales fundan sus labor interpretativa en la doctrina de la interpretación objetiva, recogida en los artículos 31 y ss. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁶. Esta doctrina establece una serie de principios fundamentales bajo los cuales se interpreta todo el Derecho Internacional. La máxima de esta doctrina es que la interpretación comienza en el texto del tratado, pero que la búsqueda del sentido del mismo continúa en el contexto, el objeto y el fin de la norma⁸⁷. Este proceso interpretativo ha sido apoyado por la Corte Internacional de Justicia en reiteradas ocasiones. Un ejemplo de este respaldo es la decisión del tribunal en el caso de la diferencia territorial entre Libia y Chad⁸⁸.

“Según el Derecho Internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un tratado debe ser

⁸⁵ALARCÓN LOAYZA, N. “El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión”. *Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. 76, 2020, pp. 252.

⁸⁶Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

⁸⁷TALAVERA, F. N. “Los criterios para la interpretación de los tratados”. *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 63, 2013, pp. 73.

⁸⁸Corte Internacional de Justicia. “Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad”. (1994).

interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin”.

Así, el texto normativo de los tratados es de aplicación directa en la resolución de las controversias derivadas de la inversión. Mientras que otras fuentes secundarias, serán de aplicación indirecta mediante la interpretación. En concreto, los tribunales arbitrales podrán hacer uso de los Derechos Humanos en sus decisiones sobre TBIs de tres maneras⁸⁹. En primer lugar, para aclarar cuestiones fácticas. En segundo lugar, mediante un ejercicio comparativo para descubrir el significado de un término específico en el tratado de inversión. Por último, los DDHH sirven como un ejercicio de coordinación entre regímenes de Derecho Internacional para solventar las posibles contradicciones entre estos.

En la herramienta interpretativa encontramos que los responsables de una posible integración sistemática del sistema Inversionista-Estado son los tribunales arbitrales. Ellos son quienes podrán “re-equilibrar” los intereses conflictivos que derivan de las obligaciones contrarias del Derecho Internacional de Inversión y de los Derechos Humanos⁹⁰. A pesar de que no debe abandonarse la idea de remodelar el sistema mediante la reforma y desarrollo de los TBI⁹¹, la interpretación es una solución válida para acercar las posturas entre un espectro tan grande de intereses. De hecho, varios académicos confían en que la interpretación resulta ser un medio muy efectivo para equilibrar los intereses entre las partes⁹², pues la falta de precisión en los estándares de protección de los AII permite una interpretación amplia de la norma que acorta las distancias derivadas de la *fragmentación del Derecho Internacional*.

⁸⁹ALARCÓN LOAYZA, N. “El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión”. *Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. 76, 2020, pp. 253.

⁹⁰DAVITTI, D. “Sobre la proporcionalidad, de nuevo: Domesticando el derecho internacional de las inversiones y gestionando la vulnerabilidad”. *Investment Treaty News*, 23 de marzo de 2021. https://www.iisd.org/itn/es/2021/03/23/on-proportionality-again-domesticating-international-investment-law-and-managing-vulnerability-daria-davitti/#_ftnref17

⁹¹Se abordará en el siguiente apartado: “DESARROLLO DE LA CAPACIDAD REGULATORIA DEL ESTADO Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TBIS”.

⁹²DAVITTI, D. “Investment and Human Rights in Armed Conflict: Charting an Elusive Intersection”. *Hart/Bloomsbury*, 2019, pp. 3. <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=372020070024100119005087074072030011030078052092059006029088126011022084031081012113102061051016000116101116094119005066087099001072061051050072073096081114002089102039002079119115074014084085112084065086087115106080127106028004011026127088005019064089&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

Así, la interpretación no sólo es un medio accesible en la resolución de controversias Inversionista-Estado, sino que además es un instrumento que provee soluciones efectivas e integradoras de los intereses de las partes. La función interpretativa de los tribunales arbitrales permite una visión global de la norma que se aplica, lo que brinda a la decisión el contexto de su objeto y fin. Sin embargo, el sistema internacional es complejo, y cuenta con un gran número de normas aplicables que han de ser tomadas en consideración por el tribunal que resuelve la disputa, aún si no están en el texto de la norma. El art. 31 (3) (c) de la CVDT⁹³ recoge esta consideración al interpretar los tratados:

Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta

(...)

c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

El propio informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional⁹⁴ llama a este artículo como el “*principio de integración sistemática*”. El principio establece que las obligaciones internacionales han de interpretarse conforme a su “*entorno normativo*”, lo que implica rechazar toda interpretación que aisle una norma del resto de disposiciones del orden internacional. Trasladando este principio a los arbitrajes derivados de inversiones extranjeras, el artículo permite la importación de normas que no sean el tratado de inversión (TBI), pero que sí han de ser relevantes para el proceso arbitral, tales como las normas de Derechos Humanos⁹⁵.

Es de destacar, que con carácter general el “*entorno normativo*” se refiere a aquel que se encontraba vigente en el momento de entrada en vigor del tratado para la parte que corresponda⁹⁶. Sin embargo, en ocasiones, el orden internacional aboga por una interpretación evolutiva de los términos a los que se refiere el tratado, pues deben de adaptarse al momento en el que se aplica la norma⁹⁷. La Comisión de las Naciones Unidas elaboró un listado *numerus clausus* de circunstancias en las se acepta esta evolución futura de

⁹³Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

⁹⁴Comisión de Derecho Internacional -CDI (2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Informe A/CN.4/L.682, párrafo 413. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

⁹⁵ALARCÓN LOAYZA, N. “El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión”. *Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. 76, 2020, pp. 266.

⁹⁶Ibidem. pp. 267

⁹⁷Comisión de Derecho Internacional -CDI (2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Informe A/CN.4/L.682. párrafo 478. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

los términos del tratado⁹⁸. Esta consideración temporal del “*entorno normativo*” limita la aplicación expansiva de este principio.

Finalmente, existen tres presupuestos para la aplicación del art. 31 (3) (c) CVDT, que quedan recogidos en la literalidad de su texto⁹⁹. En primer lugar, la norma externa que se importa al caso ha de ser “*una norma de derecho internacional*”. En segundo lugar, la norma ha de ser pertinente. Este requisito se identifica con que exista una identidad de materia entre la norma externa y el tratado que se está interpretando¹⁰⁰. Y por último, la norma ha de ser aplicable a la relación de las partes involucradas.

Así, la interpretación bajo el “*principio de integración sistemática*” acorta las distancias derivadas de la *fragmentación del Derecho Internacional*. La función interpretativa de los tribunales arbitrales permite la integración de los intereses de las partes, y la integración de las dos áreas del Derecho Internacional involucradas en las inversiones transnacionales: el DII y los DDHH.

A pesar de que este proceso interpretativo está recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no es común que los tribunales arbitrales lo usen para resolver una disputa entre Inversor-Estado. Aun así, encontramos algunos ejemplos de éxito de esta función interpretativa. En *Ion Micula v. Rumanía*, el tribunal invocó normas externas al tratado, como son las normas de nacionalidad¹⁰¹. Asimismo, el tribunal de *Urbaser v. Argentina* estipuló: “*El TBI no puede interpretarse y aplicarse de manera aislada*”¹⁰² para incluir los DDHH en el proceso argumentativo de su decisión.

⁹⁸(...) “a) Cuando en un tratado se utiliza un término que “no es estático, sino sujeto a una evolución”. (...). b) Cuando las obligaciones se describen en términos muy generales, lo que constituye una especie de remisión a la situación del derecho en el momento de su aplicación. (...)”. Comisión de Derecho Internacional -CDI (2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Informe A/CN.4/L.682. párrafo 478. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

⁹⁹“c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

¹⁰⁰ALARCÓN LOAYZA, N. “El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión”. *Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. 76, 2020, pp. 270.

¹⁰¹Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Rumanía. ICSID, Caso No. ARB/05/20. 11 de diciembre de 2013.

¹⁰²*Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

2. DESARROLLO DE LA CAPACIDAD REGULATORIA DEL ESTADO Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TBIS.

En la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión, las referencias a los Derechos Humanos son prácticamente inexistentes. Las únicas alusiones a los DDHH se encuentran en los preámbulos de tales tratados¹⁰³, de manera que forman parte de la expresión del objeto y el fin de la norma, sin que esta tenga fuerza normativa *per se*. El preámbulo suele recoger el contexto en el que se desarrolla la norma para que sirva de herramienta hermenéutica de las disposiciones sustantivas de la ley. Así, tales remisiones permiten utilizar los Derechos Humanos de una manera indirecta para interpretar adecuadamente el tratado de inversión. Sin embargo, la realidad ha mostrado que esto es insuficiente en la protección efectiva de los DDHH.

Como se exponía en el capítulo anterior, el fenómeno del “*enfriamiento regulatorio*” ha traído consigo un vacío legal en la protección de los DDHH en las inversiones extranjeras. Históricamente, en la regulación de las inversiones transnacionales, los Estados han dado prevalencia a los intereses de los inversionistas frente a la garantía del bienestar de sus ciudadanos. En un primer momento, los soberanos optaron por una regulación más laxa para favorecer la entrada de capital extranjero. Más tarde, los Estados que querían unirse a la red internacional de inversiones, debían acoplarse al sistema, por lo que renunciaban a parte de su capacidad regulatoria para facilitar el proceso. Hoy en día, el fenómeno recae mayoritariamente en el rechazo que existe hacia el ISDS, por la incertidumbre e inseguridad jurídica que traen consigo las decisiones heterogéneas de los tribunales arbitrales. El resultado común de todas estas causas es la falta de regulación esencial en materia de inversiones.

Algunos autores argumentan que los Estados han sido desprovistos de su capacidad regulatoria dentro del sistema de ISDS, y que se deben de desarrollar unos mecanismos que garanticen un estándar mínimo de capacidad regulatoria a los Estados¹⁰⁴. En los TBIs se incluyen conceptos indefinidos como “*expropiación*” o “*trato justo y equitativo*” -entre otros-, que necesitan ser desarrollados por las entidades estatales para adaptarlo a las

¹⁰³ALARCÓN LOAYZA, N. “El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión”. *Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. 76, 2020, pp. 254.

¹⁰⁴TOBAR TORRES, J.A. “Receptividad y Resistencias del Discurso de los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 76. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n3/0718-0012-iusetp-27-03-64.pdf>

matizaciones de la regulación nacional. En la mayoría de los casos, e inhabilitados por las distintas manifestaciones del “enfriamiento regulatorio”, estos términos se limitan a lo dispuesto en el acuerdo internacional.

Así, y de manera imprecisa, los estándares de protección a la inversión proveen a las partes con los derechos y las obligaciones que estos tienen dentro del acuerdo. El vago desarrollo de los términos resulta en malentendidos debido a los límites de actuación de unos y otros. Un patrón de cómo nacen los conflictos de ISDS es: un Estado implementa ciertas políticas en materia de sus competencias, como es la salud o el medioambiente, y el inversor lo denuncia ante los tribunales arbitrales por considerar que se han vulnerado lo que creían que eran sus derechos garantizados por el TBI. Estas políticas suelen restringir el amplio espectro de actuación en el que los inversores han estado desarrollando sus actividades por los límites borrosos del TBI.

Ya en el proceso de ISDS, son los árbitros quienes definen los conflictivos términos y condiciones del TBI que previamente no han sido desarrollados por el Estado¹⁰⁵. El soberano alegará sus poderes de autodeterminación, entre los que se incluye la capacidad regulatoria, para justificar la limitación de la actuación de los inversores. Sin embargo, en este punto será el tribunal quien tomará una decisión sobre si existe responsabilidad del Estado por su inhibición regulatoria, o si por el contrario, no es responsable por actuar conforme a sus poderes.

Ante las crecientes problemáticas derivadas del “enfriamiento regulatorio”, el Informe de las Naciones Unidas sobre las Inversiones en el mundo (2015)¹⁰⁶ señala que los nuevos tratados de inversión deben evolucionar a reconocer explícitamente el derecho de los Estados a regular áreas sensibles como el medioambiente, la salud, la seguridad, y otros más, para así poder garantizar una efectiva protección de los Derechos Humanos de sus nacionales. Con ello, los Estados podrán llevar a cabo políticas públicas encaminadas a lograr los objetivos de desarrollo sostenible¹⁰⁷ que aseguran un futuro más prometedor para los

¹⁰⁵TOBAR TORRES, J.A. “Receptividad y Resistencias del Discurso de los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 76. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n3/0718-0012-iusetp-27-03-64.pdf>

¹⁰⁶Conferencias de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). Informe sobre las Inversiones en el mundo de 2015: Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones. https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2015overview_es.pdf

¹⁰⁷Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): “son el plan maestro para conseguir un futuro sostenible para todos. Se interrelacionan entre sí e incorporan los desafíos globales a los que nos enfrentamos día a día, como

ciudadanos, a pesar de que eso implique “*limitar la soberanía de las partes contratantes en la formulación de las políticas nacionales*”¹⁰⁸.

Sin embargo, la responsabilidad de salvaguardar los Derechos Humanos en las inversiones, no debería recaer únicamente en el Estado. Todas las partes intervinientes en las inversiones transnacionales -Estados, inversionistas, y potencialmente, los tribunales arbitrales- deben concienciarse de las obligaciones que derivan de los Derechos Humanos. Por ello, se debe aspirar a desarrollar Tratados de Inversión armónicos con las obligaciones de Derechos Humanos, mediante la inclusión en los TBIs de cláusulas vinculantes a este respecto y con la reformulación de los antiguos TBIs para hacerlos compatibles con la protección actual de los derechos humanos¹⁰⁹.

La única manera de acortar la distancia entre el Derecho de Inversiones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es si estos últimos trascienden el ámbito del preámbulo y pasan a formar parte del cuerpo normativo de los AIIs. Los nuevos tratados de inversión deben incluir cláusulas vinculantes de respeto y protección de los Derechos Humanos, de manera que los inversionistas y los Estados queden compelidos a las obligaciones derivadas de los mismos. Además, esto permitirá a los tribunales arbitrales tomar decisiones fundadas en DDHH, y no limitar su uso a una herramienta interpretativa en la elaboración argumentativa del laudo.

El desarrollo regulatorio en materia de Derechos Humanos erradicará tendencias arraigadas en los TBIs como son las *cláusulas paraguas*. Este tipo de disposiciones se incluyen con normalidad en los TBIs y elevan, un incumplimiento contractual entre un inversionista y un Estado, a una posible violación de un tratado internacional¹¹⁰. De tal

la pobreza, la desigualdad, el clima, la degradación ambiental, la prosperidad, la paz y la justicia”. NACIONES UNIDAS. “Objetivos y metas de desarrollo sostenible”. *United Nations Official Website*, (s.f). <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>

¹⁰⁸Conferencias de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). Informe sobre las Inversiones en el mundo de 2015: Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones, pp. 30. https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2015overview_es.pdf

¹⁰⁹ERICE ARANDA, L.S. "Tratados bilaterales de inversión y derechos humanos: Tres posiciones desde América Latina." *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 37, 2020, pp. 105. https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/22358/AFD_37_%282020%29_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹¹⁰Las cláusulas paraguas son: “*aquellas disposiciones contenidas en acuerdos internacionales de inversiones (aii) que tienen como objeto elevar una disputa contractual entre un inversionista y un Estado al nivel de una posible violación de dicho tratado*”. POLANCO, R. y MANRIQUE DE LARA SEMINARIO, J.L. “Umbrella Clauses (Cláusulas Paraguas)”. *El Derecho Internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios*. Universidad Externado, Colombia, Capítulo XXI, 2021, pp. 474. https://www.wti.org/media/filer_public/cd/64/cd643552-e5f4-4ad6-95e4-88844f2d868f/clausulas_paraguas.pdf

manera, el conflicto pasa a discutirse en un Arbitraje de Inversión y no en los tribunales nacionales, lo que probablemente hará que la normativa aplicable ya no sea la nacional del país. Es una situación favorecedora para el inversor, y perjudicial para el Estado y sus nacionales. En contraposición, el desarrollo o reformulación de la regulación de DDHH en materia de inversiones dará lugar a figuras como el *principio de manos limpias*, que arrebatará la protección del tratado de inversión al inversionista si se prueba que ha cometido una violación de los DDHH de los nacionales¹¹¹.

Algunos países ya han seguido estas directrices. El TBI entre Marruecos-Nigeria (art. 15), o el TBI de China-Canadá (art. 33), así como el nuevo modelo de Holanda¹¹² introducen un mejor reparto en las obligaciones entre Inversionista-Estado. Especialmente, en lo que se refiere a los Derechos Humanos. No obstante, estos siguen siendo la excepción y no la regla.

¹¹¹KALDUNSKI, M. “Principle of clean hands and protection of Human Rights in International Investment Arbitration”. *Polish Review of International and European Law*, vol. 4, n.2, 2015, pp. 69. <https://czasopisma.uksw.edu.pl/index.php/priel/article/view/1370/1869>

¹¹² CENTRO IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE. “Ben Sanderson: «Un centro de Arbitraje con aspiración internacional debe posicionarse y diferenciarse». CIAR. <https://centroiberoamericanodearbitraje.org/es/ben-sanderson-un-centro-de-arbitraje-con-aspiracion-internacional-debe-posicionarse-y-diferenciarse/>

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL CASO EMBLEMÁTICO: Urbaser vs. Argentina

1. HECHOS RELEVANTES E IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

En 1991 se pacta el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las inversiones entre el Reino de España y la República Argentina¹¹³. Años más tarde, este resulta ser el fundamento legal del que deriva la controversia entre Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa -CABB- y la República de Argentina.

En el año 2000, Aguas del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA) -empresa en la que los demandantes participaban- fue adjudicada un contrato de concesión para la prestación del servicio de agua y desagües cloacales en algunas localidades de la provincia de Gran Buenos Aires¹¹⁴. La disputa comienza en 2006 cuando la República de Argentina decide rescindir el contrato de concesión a la empresa AGBA ya que este venía ocasionando diferencias entre las partes. La inversora demostró, en varias ocasiones, su intención de renegociar el contrato como consecuencia de la situación de crisis económica en la que se encontraba el país. No obstante, la provincia no cumplió con sus compromisos para finalizar la renegociación, y acabó por rescindir el contrato conforme al procedimiento nacional.

Así, en 2007, Urbaser y CABB -accionistas de AGBA- presentan una solicitud de arbitraje ante el CIADI con arreglo al APPRI firmado por la República Argentina y el Reino de España en 1991. Mediante tal reclamación ante el CIADI, los demandantes buscaban obtener una compensación por los daños ocasionados por la rescisión del contrato por parte de la República Argentina. Como se procede en los procedimientos de Arbitraje de Inversión, en una primera parte, el tribunal decide sobre la jurisdicción. En el presente caso, el órgano arbitral arguye que sí contaba con jurisdicción para resolver el caso, a pesar de las excepciones procesales planteadas por la parte demandada (2012). En una segunda parte, el laudo resolvería sobre el fondo del asunto.

¹¹³Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina y Protocolo anejo, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991. Boletín Oficial del Estado, 18 de noviembre de 1992, núm. 277, pp. 38879 a 38881. <https://www.boe.es/boe/dias/1992/11/18/pdfs/A38879-38881.pdf>

¹¹⁴Los hechos relevantes para el objeto de este estudio son extraídos de lo dispuesto en el apartado B. Breve reseña de la controversia, contenida en el epígrafe I. Antecedentes del Laudo dictado por el CIADI en: *Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

Durante la continuación del proceso arbitral, la República de Argentina presenta una demanda de reconvención argumentando una violación del Derecho Humano al agua por parte de la concesionaria (AGBA, filial de Urbaser y CABB). Sin embargo, la inversora considera la demanda reconvencional inadmisibile por los siguientes motivos¹¹⁵.

En primer lugar, Urbaser considera que la reconvención queda fuera de la competencia del tribunal arbitral pues no existía una conexión directa entre el objeto de la demanda principal y la contrademanda¹¹⁶. Además, alegan que el reclamo por el incumplimiento del número de inversiones debió haberse realizado antes de la rescisión del contrato, y no en el momento procesal en el que se introdujo.

En segundo lugar, el fin último de los TBIs es la protección de los derechos de los inversionistas, lo que resulta en el carácter asimétrico de estos tratados¹¹⁷. De esta estructuración de los acuerdos deriva que no se impongan obligaciones específicas a los inversores, sino únicamente a los Estados. Consecuentemente, las demandas reconvencionales de los Estados no pueden basarse en lo dispuesto en los TBIs, a menos que exista un consentimiento específico en la oferta del arbitraje para la “*extensión del proceso arbitral*” al Estado. Los demandantes alegaban que no se había dado consentimiento alguno.

En tercer lugar, el demandante considera que la demanda reconvencional se basa en un incumplimiento contractual y no en un incumplimiento del TBI España-Argentina¹¹⁸. La parte actora considera que lo que reclama Argentina no son más que alegaciones de una expectativa de buena fe que surge a raíz de las obligaciones de la inversión. El principio de buena fe queda reconocido en los principios generales del Derecho Argentino y en el Derecho Internacional, y fueron transgredidos por la inversora AGBA al no realizar las inversiones a las que se había comprometido. Como consecuencia, los Derechos Humanos a la salud y al medio ambiente de miles de personas se vieron perjudicados. A pesar de ello, el demandante considera que el incumplimiento no deriva del TBI España-Argentina, sino que se trata de un incumplimiento contractual. Las posibles vulneraciones se refieren al derecho nacional conforme al Marco Regulatorio de la Concesión. Aun cuando el TBI prevé que son de

¹¹⁵Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016, parr. 1117 y ss. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

¹¹⁶Ibidem, parr. 1118 y 1119.

¹¹⁷Ibidem, parr. 1120 y 1121.

¹¹⁸Ibidem, parr. 1128.

aplicación ambos órdenes -nacional e internacional-, esto no eleva el incumplimiento de las normas nacionales o internacionales a la categoría de incumplimiento del TBI. De esta manera, el inversor no podría refugiarse en el TBI para presentar una demanda reconvenzional, más aún si éste no contiene una *cláusula paraguas*¹¹⁹ que categorice un incumplimiento contractual como una contravención del TBI. Así, la República de Argentina no encontraría amparo bajo el TBI España-Argentina.

Finalmente, la parte actora niega la jurisdicción al tribunal arbitral para conocer sobre violaciones de Derechos Humanos¹²⁰. La argumentación que lleva a tal conclusión incluye referencias a precedentes de otros tribunales arbitrales del CIADI y al hecho de que las normas de Derecho Internacional sobre DDHH únicamente vinculan a los Estados, pero no a los particulares.

Ante todas estas reclamaciones, la República de Argentina mantuvo que el tribunal debía resolver la demanda de reconversión según lo dispuesto en el art. 46 del Convenio del CIADI, que dispone¹²¹:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvenzionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

Además, como recogen la mayoría de TBIs, y en concreto el TBI España-Argentina en su cláusula X(5)¹²², el tribunal arbitral deberá resolver la cuestión conforme a lo dispuesto en el tratado, en el derecho local en donde se realiza la inversión -en este caso, el argentino- y en los principios generales de Derecho Internacional.

El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Intemacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional.

¹¹⁹Definido en la nota a pie de página 109 de este documento.

¹²⁰*Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016, parr. 1129. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

¹²¹Convenio del CIADI: Reglamentos y Reglas (2006)

¹²²*Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina y Protocolo anejo*, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991. Boletín Oficial del Estado, 18 de noviembre de 1992, núm. 277, art. X(5), pp. 38881. <https://www.boe.es/boe/dias/1992/11/18/pdfs/A38879-38881.pdf>

Con todo ello, el tribunal arbitral del CIADI procedió a resolver el caso.

2. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

En sus conclusiones, el Tribunal Arbitral de *Urbaser v. Argentina* se mostró favorable a las alegaciones presentadas por el Estado anfitrión sobre su jurisdicción sobre el caso.

En lo relativo a si el Estado estaba legitimado para presentar una reconvencción conforme al APPRI España-Argentina, el tribunal concluye que Argentina sí podía formular la demanda reconvenccional a pesar del momento en que la misma fue aportada¹²³. El hecho de que la demanda reconvenccional fuera presentada muchos años después de que la sociedad notificara la controversia, carece de efectos legales conforme a las normas arbitrales. Además, desmiente la falta de relación entre el objeto de la demanda y la reconvencción. El Tribunal encuentra un claro nexo fáctico y jurídico entre ambas acciones procesales, por tratarse de la misma inversión y por fundarse ambas en el acuerdo entre las partes¹²⁴.

Los demandantes formulan su oposición a la demanda reconvenccional basándose en la naturaleza asimétrica del TBI¹²⁵, de manera que únicamente los inversionistas tienen derechos derivados del tratado, entre los que se incluye el derecho a aportar una reconvencción. No obstante, el tribunal no admite tal interpretación por considerar que es opuesta a la misma redacción del art. X del TBI España-Argentina¹²⁶. De la interpretación del artículo, el tribunal dispone: “*De estas disposiciones resulta claramente que tanto el inversor como el Estado Parte pueden ser quien someta a arbitraje una controversia en relación con inversiones*”. La decisión del tribunal puntualiza que han de cumplirse los requisitos definidos en el acuerdo para que esta interpretación sea válida¹²⁷, y que los actores no excluyeron, ni implícitamente ni explícitamente, la posibilidad del Estado de presentar una demanda reconvenccional¹²⁸.

¹²³*Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016, parr. 1150. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

¹²⁴*Ibidem*, parr. 1151.

¹²⁵En este trabajo, la asimetría jurídica presente en el sistema Inversionista-Estado es abordada desde la perspectiva de inversor-estado, y desde la perspectiva de las dos áreas del Derecho Internacional; DI de Inversión y DI de los Derechos Humanos (pg. 27 y 28), y dentro del marco del *enfriamiento regulatorio*.

¹²⁶*Ibidem*, parr. 1143.

¹²⁷*Ibidem*, parr. 1144.

¹²⁸*Ibidem*, parr. 1146.

Con ello, el Tribunal del CIADI rompe la asimetría jurídica que alegaban los inversores, y confirma el derecho de Argentina de presentar una demanda reconvenicional conforme al TBI España-Argentina¹²⁹.

Habiendo resuelto la cuestión de si el tribunal tenía jurisdicción para decidir sobre la controversia, el órgano arbitral procede con el fondo del asunto.

Conforme a lo alegado por Argentina en la demanda reconvenicional, las obligaciones de la parte demandante generaron una expectativa de buena fe de que la inversión se cumpliría, y por tanto, contribuiría al Derecho Humano básico de acceso al agua de miles de nacionales del país anfitrión¹³⁰. Al fundar su posición en el DIDH, la parte demandada se opone a que la República Argentina, como único Estado involucrado, es el que debía de garantizar el Derecho Humano al agua de sus ciudadanos. Los demandantes consideraban que proveer los medios necesarios para garantizar un DDHH es un deber del Estado, y no de las empresas. Sin embargo, la demandada afirma que la obligación principal de AGBA durante el transcurso de la concesión era asegurar el acceso a agua potable de los argentinos de la provincia¹³¹.

Refiriéndose a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Tribunal interpreta que las obligaciones derivadas de los Derechos Humanos no son exclusivas para los Estados. Consecuentemente, las sociedades y las empresas internacionales tienen obligaciones derivadas de los Derechos Humanos reconocidos por el orden internacional -ya sea por acuerdos internacionales o regionales-¹³². El reconocimiento por parte del Tribunal de que tales obligaciones derivan del Derecho Internacional, dejan sin relevancia el hecho de que el demandante alegara que las supuestas violaciones constituían un incumplimiento contractual, lo que negaría el derecho del Estado de acudir al CIADI bajo el amparo del TBI España-Argentina¹³³.

¹²⁹*Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016, parr. 1147. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

¹³⁰*Ibidem*, parr. 1156.

¹³¹*Ibidem*, parr. 1157.

¹³²*Ibidem*, parr. 1159-1164.

¹³³*Ibidem*, parr. 1233.

Finalmente, y con lo expuesto en su argumentación, el Tribunal decidió afirmar su jurisdicción y competencia para conocer de la Reconvención de Argentina, y rechazó la mayoría de las reclamaciones de las partes, a excepción de una alegación de los demandantes¹³⁴. Por todo ello, se repartieron a partes iguales los costes incurridos por el CIADI, pero se ordenó al Estado que contribuyera con un monto al pago de los honorarios legales y gastos incurridos por los demandantes, por no finalizar los procesos de renegociación que le fueron ofertados.

3. IMPLICACIONES PARA EL SISTEMA INVERSIONISTA-ESTADO.

Lo presentado sobre el caso *Urbaser v. Argentina* ha tenido grandes implicaciones en el sistema arbitral Inversionista-Estado por la labor interpretativa que realizó el tribunal. El órgano arbitral integró las distintas áreas del Derecho Internacional para dar una solución justa, independiente y conforme al conjunto de la normativa internacional existente. El caso aquí recogido insta nuevos precedentes para el ISDS. Las principales implicaciones derivadas de la decisión del Tribunal son¹³⁵:

UNO- El Tribunal reconoció su jurisdicción y competencia sobre la demanda reconvenicional fundándose en los Derechos Humanos, y no en un AII concreto. Además, es el primer laudo que decide en profundidad sobre la reconvención de un Estado frente a un inversionista por incumplir sus obligaciones derivadas de los Derechos Humanos.

SEGUNDO- La valoración de la demanda reconvenicional se basa en una cláusula jurisdiccional muy ambigua. La labor interpretativa del tribunal fue expansiva, lo que llevó a admitir la posibilidad de considerar la reconvención en el proceso arbitral. El texto de otros TBIs podrían haber hecho que esta interpretación fuera imposible.

TERCERO- El laudo confirmó que el “Derecho al Agua” era un Derecho Humano básico conforme al orden internacional.

¹³⁴*Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016, párr. 1234. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

¹³⁵SCHACHERER, S. “International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s”. *International Institute for Sustainable Development*, 2018, pp. 26. <https://www.iisd.org/system/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>

CUARTO- Tradicionalmente en el Derecho Internacional, las obligaciones de Derechos Humanos solían dirigirse únicamente a los Estados. La decisión del tribunal reconoce la obligación de las sociedades y empresas internacionales de adherirse a las exigencias derivadas del DIDH. No obstante, el Tribunal señala que si los Estados quisieran exigir ciertos estándares a los inversores en este aspecto, debería regularse específicamente en los TBIs.

QUINTO- Los distintos pronunciamientos del Tribunal sobre la relación de los inversores y el Estado con las obligaciones y derechos del TBI, rompe con la asimetría jurídica que ha caracterizado al sistema de ISDS.

CAPÍTULO V. PERSPECTIVAS FUTURAS PARA EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

La globalización es un hecho, y con ello, se prevé que el número de inversiones extranjeras está lejos de estancarse o disminuir. Al igual que ha avanzado nuestra sociedad, el sistema del Arbitraje de Inversión debe acompañarse a las preferencias y necesidades de esta nueva era. La reforma del sistema de ISDS es imprescindible para que este pueda resolver de manera efectiva y satisfactoria los nuevos problemas que se plantean en las inversiones.

Este trabajo aboga porque la reforma del sistema debería de comenzar en las oportunidades inherentes al mismo, siendo estas la interpretación y el desarrollo de la regulación. Estas pueden ser el primer paso hacia una integración sistemática del Derecho Internacional de Inversión y los Derechos Humanos, que permita devolver el éxito y la confianza al Arbitraje de Inversión. No obstante, el futuro es prometedor. El propio orden internacional se ha percatado de las deficiencias de este sistema, y está apostando por reformarlo desde dentro para luego poder transformar la normativa.

1. TENDENCIAS EMERGENTES EN EL SISTEMA ISDS

El caso *Urbaser v. Argentina* es prueba de que los tribunales arbitrales del ISDS están inclinándose hacia interpretaciones más integradoras de los intereses de los inversores y de los nacionales afectados. Así, están empezando a incluir consideraciones sobre los Derechos Humanos de los habitantes del país destino en sus decisiones. Sin embargo, el gran problema reside en que los precedentes de los tribunales no son vinculantes para otros órganos arbitrales del sistema de ISDS. Únicamente se perciben como directrices para los tribunales que se constituyen a posteriori¹³⁶. El hecho de que no exista una jurisprudencia obligatoria contribuye a la inseguridad e incertidumbre jurídica que viene caracterizando al Arbitraje de Inversión, e impide que decisiones pioneras, como la del caso *Urbaser v. Argentina*, tengan un impacto más allá de las propias partes involucradas.

El Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre el Tribunal multilateral de arbitraje entre inversores y Estados (...) da cuenta de este problema en el apartado 3.2 de su

¹³⁶BENTOLILA, D. “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”. *Anuario Mexicano De Derecho Internacional*, vol. 1, n, 11, 2012, pp. 375. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/387/648>

dictámenes¹³⁷. Paralelamente, se aventura a mencionar el fenómeno del *enfriamiento regulatorio* que están experimentando los Estados como consecuencia de la imprevisibilidad del sistema de ISDS. El Comité reconoce las faltas del Arbitraje de Inversión, y aboga por una reforma institucional ¹³⁸que comience por remodelar los elementos del procedimiento, para luego transformar el Derecho sustantivo aplicable a los litigios¹³⁹. Se habla de incluir códigos de conducta para los árbitros a fin de favorecer la armonización de sus decisiones¹⁴⁰. El mismo Comité señala que esta reforma es esencial para que el Arbitraje de Inversión: “*adopte un enfoque más integral de la gobernanza internacional de las inversiones y no se limite a sustituir el arbitraje entre inversores y Estados por un tribunal para inversores y Estados*”. Esta tendencia que ha adoptado la Unión Europea podría servir de modelo para otras instituciones regionales e internacionales de ISDS.

El desfase entre el Derecho Internacional de Inversiones y los Derechos Humanos es un problema reconocido en los distintos niveles del orden internacional. Ya en 2006, la CDI en su informe sobre la fragmentación del Derecho Internacional mencionaba las distancias que se estaban consolidando entre ambas áreas del Derecho Internacional¹⁴¹. El último dictamen del CESE señala este distanciamiento como una de las grandes preocupaciones de la institución¹⁴². El estudio resalta como las obligaciones para la protección de las inversiones son obligatorias, mientras que aquellas que buscan proteger los DDHH no son vinculantes, ni cuentan con instrumentos que aseguren su cumplimiento. Tan sólo cuando estas obligaciones de DDHH se transformen en obligatorias, podrán las instituciones arbitrales proporcionar un adecuado nivel de garantía y defensa de aquellos derechos que buscan proteger la dignidad humana de todo ser humano. Para ello, las instituciones arbitrales tienen que concienciarse de sus responsabilidades para con los DDHH, de manera que puedan proveer una interpretación conjunta de todos los derechos que residen en el orden internacional.

¹³⁷Unión Europea. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Tribunal multilateral de arbitraje entre inversores y Estados: valoración del proceso de la CNUDMI y sus logros a la luz de las recomendaciones de la sociedad civil». Diario Oficial de la Unión Europea C 75/130, 28 de febrero de 2023, pp. 3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IE1963&from=EN>

¹³⁸Dictamen del CESE sobre el «Tribunal multilateral de arbitraje entre inversores y Estados (...), apartado 6.8.

¹³⁹Se abordará en el siguiente apartado.

¹⁴⁰COLIN, N., LINGARD, N. y ROVINESCU, L. “The future of investor-State dispute settlement”. *Freshfields Bruckhaus Deringer*, 2021. <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/future-of-investor-state-dispute-settlement/>

¹⁴¹Comisión de Derecho Internacional -CDI (2006). Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional. Informe A/CN.4/L.682 https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

¹⁴²Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Tribunal multilateral de arbitraje entre inversores y Estados (...), apartado 1.13.

Casos como *Aguas del Tunari v. Bolivia*, *Piero Foresti v. Sudáfrica*, *Chevron v. Ecuador* o *Philip Morris v. Uruguay*, son algunos ejemplos de éxito de la integración entre la protección de las inversiones y de los Derechos Humanos¹⁴³.

Así, y como se mencionaba en apartados anteriores, la interpretación sistemática del orden internacional se extiende como una solución efectiva y conciliadora de ambas ramas del Derecho Internacional. No obstante, la interpretación recae sobre los tribunales arbitrales, los cuales no cuentan con precedentes obligatorios ni una jerarquía establecida que limite sus interpretaciones, lo que pone en riesgo los intereses de las partes en el arbitraje Inversionista-Estado. Las normas aplicables, el contexto en el que se desarrolla el conflicto y los convenios son las únicas fronteras a la labor interpretativa de los árbitros. Consecuentemente, existen distintas propuestas dentro del sistema internacional de arbitraje que abogan por desarrollar unas pautas específicas de interpretación¹⁴⁴, a la vez que se fomenta una interpretación conjunta de todas las ramas del orden internacional, para asegurar una unificación del criterio interpretativo.

La reciente jurisprudencia de los tribunales arbitrales demuestra que hay una tendencia hacia interpretaciones más integradoras de los DDHH. Sin embargo, en el sistema de ISDS sigue primando la incertidumbre jurídica, la brecha entre el DII y los DDHH, y los intereses privados. El futuro de este método alternativo de resolución de conflictos está en una reforma institucional que transforme tanto el procedimiento, y consecuentemente, el Derecho sustantivo aplicable. Asimismo, la interpretación persiste como un pilar fundamental para la mejora de este sistema internacional. Casos como *Aguas del Tunari v. Bolivia*, o *Philip Morris v. Uruguay* ejemplifican, de manera esperanzadora, el triunfo de la integración entre la protección de inversiones y DDHH. No obstante, la interpretación sigue en manos de los tribunales, lo que subraya la necesidad de establecer pautas de interpretación específicas y fomentar una visión conjunta del orden internacional que permita extender las prácticas integradoras por todo el orden internacional.

¹⁴³BAS VILIZZIO, M. y MICHELINI, F. “Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay”. *Ediciones Universitarias*, 2019. https://www.csic.edu.uy/sites/csic/files/Bas%20Vilizzio_Arbitraje%20de%20inversiones%20y%20derecho%20humanos%20Un%20an%C3%A1lisis%20particular%20del%20caso%20Philip%20Morris%20contra%20Uruguay_FDER.pdf

¹⁴⁴Ibidem. pp. 60.

2. POSIBLES CAMBIOS EN LA REGULACIÓN

Múltiples entidades buscan romper con la asimetría existente entre el Derecho Internacional de Inversiones y los Derechos Humanos. El desfase entre estas disciplinas de Derecho Internacional es especialmente evidente cuando surge una disputa dentro de la inversión, en las cuales los tribunales dan prevalencia a la protección de la inversión frente a la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Consecuentemente, en los últimos años, se ha favorecido una mayor regulación de los Derechos Humanos en los Acuerdos Internacionales de Inversión, ya que la aplicación indirecta de estos mediante la interpretación ha resultado insuficiente.

La vía más segura para que los tribunales arbitrales incorporen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus decisiones sobre controversias Inversionista-Estado es la regulación. El derecho a la autodeterminación de los pueblos otorga el poder regulatorio a los Estados como soberanos de la nación. De esta manera, son los Estados los que deberán impulsar la reformulación o la promoción de nuevos AIIs que incorporen referencias específicas a las obligaciones derivadas de los Derechos Humanos.

Las disposiciones con las obligaciones de Derechos Humanos de los AIIs pueden adoptar tres formas distintas¹⁴⁵. En primer lugar, y como medio para superar la asimetría jurídica Inversionista-Estado, el soberano podría estipular obligaciones específicas para los inversores en materia de Derechos Humanos. En segundo lugar, desde la entrada en vigor de la DUDH se han desarrollado numerosos instrumentos para la protección de los Derechos Humanos. Por ello, sería conveniente que el Estado especificará qué instrumentos de DDHH son aplicables para la inversión. Por último, una aportación extra a la garantía de los DDHH de los ciudadanos sería hacer una referencia en los AIIs a la legislación nacional que protege estos derechos.

Si los AIIs incluyeran algunas de estas disposiciones, los tribunales arbitrales podrían aplicar los DDHH de manera directa a la resolución de los conflictos Inversionista-Estado, lo que facilitará enormemente la protección de estos derechos. El sistema ISDS debería apostar por reformar el Derecho sustantivo aplicable, porque a pesar de que en el corto plazo resulte costoso es el medio que garantizará la efectiva protección de estos derechos en el futuro.

¹⁴⁵NEDUMPARA, J. y LADDHA, A. "Human rights and environmental counterclaims in investment treaty arbitration". *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, pp. 1-20.

CONCLUSIONES

Al comenzar este trabajo de investigación, me preguntaba si los Derechos Humanos formaban parte del actual sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, y si así lo era, qué instrumentos había dentro del orden internacional que garantizarán una adecuada protección de los mismos. Después de finalizar este estudio, puedo afirmar que el Arbitraje de Inversión acoge a los Derechos Humanos en su sistema, pero con un papel secundario. A día de hoy, los intereses de los inversores, y de los propios Estados, prevalecen sobre la protección de los derechos fundamentales de las nacionales. No obstante, y de manera esperanzadora, existe una tendencia dentro del sistema que aboga por integrar estos intereses.

Aquellos que anhelan el cambio son conscientes de que aún siendo complicado, la reforma del ISDS no es imposible. Lo primero debería ser que las partes involucradas en el Arbitraje de Inversión, especialmente Estados e instituciones, se concienciaran de la responsabilidad que albergan para con los Derechos Humanos de las personas. Lo siguiente sería que, habiendo reconocido esta responsabilidad, el ISDS debería promulgar la protección de los Derechos Humanos como una obligación y no como una opción, al igual que se hace con la defensa de los derechos de los inversores. Si estos dos conceptos estuvieran claros desde el principio, la reforma del sistema sería más sencilla, y seguramente tendría más probabilidades de éxito.

A lo largo del trabajo, se han presentado los principales límites del Arbitraje de Inversión, y con ello, se han vislumbrado los motivos por los cuales no está siendo tan garantista, transparente y efectivo cómo se predicaba en el orden internacional. Los problemas inherentes al Derecho Internacional de Inversión y a los Derechos Humanos se han traspasado al Arbitraje de Inversión, lo que ha generado unas consecuencias inesperadas, como la reticencia de los Estados a acudir al ISDS.

Existen oportunidades de mejora, y se encuentran dentro del propio sistema internacional. La interpretación y la regulación se presentan como dos opciones factibles para reforzar el Arbitraje de Inversión. Especialmente la interpretación, es una alternativa que ha encontrado un gran respaldo en el orden internacional, y que asegura unos resultados más conciliadores de los intereses de los inversores y de los DDHH. Sin embargo, la solución para el futuro es el desarrollo y reforma de los Acuerdos Internacionales de Inversión. Los Estados deben promover este cambio para adaptarse a las necesidades del nuevo mundo.

Este trabajo presenta las oportunidades que existen dentro del ISDS para hacer posible lo imposible en la relación entre el Arbitraje de Inversión y los Derechos Humanos. A pesar de que en los últimos años no ha sido así, existe la posibilidad de un sistema de ISDS que proteja equitativamente los derechos de los inversores y los Derechos Humanos de los nacionales. El caso *Urbaser v. Argentina* prueba que el sistema tiende hacia una mayor protección de los Derechos Humanos, sin olvidar que los TBIs buscan proteger a los inversores extranjeros y al Estado. La ocasión para la reforma del ISDS se encuentra en la integración sistemática del Arbitraje de Inversión y los Derechos Humanos, a través de los instrumentos jurídicos inherentes al propio orden internacional: la interpretación y la evolución normativa.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Carta de las Naciones Unidas (1945).

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

Convenio del CIADI: Reglamentos y Reglas (2006).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI (1968).

2. JURISPRUDENCIA Y FUENTES SECUNDARIAS

Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina y Protocolo anejo, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991. Boletín Oficial del Estado, 18 de noviembre de 1992, núm. 277, pp. 38879 a 38881. <https://www.boe.es/boe/dias/1992/11/18/pdfs/A38879-38881.pdf>

Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (2003). Informe E/CN.4/Sub.2/2003/9.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960: Las Naciones Unidas y la descolonización. Artículo 2. Disponible en: https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/I2/I2-2A.htm

Comisión de Derecho Internacional -CDI (2006). Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional. Informe A/CN.4/L.682 https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

Conferencias de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). Informe sobre las Inversiones en el mundo de 2015: Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones.

https://unctad.org/es/system/files/official-document/wir2015overview_es.pdf

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2008), Resolución A/HRC/8/.

Corte Internacional de Justicia. “Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad”. (1994). p. 22.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Rumanía. ICSID Caso No. ARB/05/20. 11 de diciembre de 2013.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) C-109/20, de 26 de octubre de 2021. Fecha de consulta: 4 de febrero de 2024

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0109>

Unión Europea. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Tribunal multilateral de arbitraje entre inversores y Estados: valoración del proceso de la CNUDMI y sus logros a la luz de las recomendaciones de la sociedad civil». Diario Oficial de la Unión Europea C 75/130, 28 de febrero de 2023, pp. 3.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IE1963&from=EN>

Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Pasrzuergoa —CABB— vs. la República Argentina. Laudo, CIADI N.º ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016.

https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

3. OBRAS DOCTRINALES

ABARCA LIZANA, M. “¿Para quién trabajan los derechos humanos? Críticas al sistema internacional de los derechos humanos desde una perspectiva interseccional”. *Anuario de Derechos Humanos: Universidad de Chile*, vol.15, n. 2, 2019, pp. 315-322.

ALARCÓN LOAYZA, N. “El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión”. *Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. 76, 2020, pp. 1-380.

ARÉVALO MOSCOSO, M.A. “Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick”. *Revista Direito GV*, vol. 18, n. 3, 2022, pp. 1-23.

ARRAU, F. “Los crímenes de lesa humanidad: el jus cogens y las obligaciones erga omnes, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad”. *Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional Serie Estudios*, n. 330, 2005, pp. 5-8.
<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2733/nro330.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BAEZ, N.L.X., & MEZZARROBA, O. “Dimensiones de los derechos humanos fundamentales”. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.46, 2013, pp. 103-136.

BELTRÁN VERDES, E. “Investigación De Violaciones De Derechos Humanos Y Crímenes De Derecho Internacional”. *Universidad De La Plata*, n.30, 2015, p. 1.
<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/T%C3%A9cnicas%20de%20Investigaci%C3%B3n.pdf>

BENTOLILA, D. “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”. *Anuario Mexicano De Derecho Internacional*, vol. 1, n, 11, 2012, pp. 373-420.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/387/648>

BOHOSLAVSKY, J.P. “Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)”. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, LC/W.326, 2010, p. 1-75.
<https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/fc1ed5b8-e13a-422e-aacc-9fc862812de9/content>

BOHOSLAVSKY, J.P. y JUSTO, J. “Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión”. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, LC/W.375, 2011, pp. 19.

CALDERÓN MOREYRA, G.G. “Arbitraje comercial internacional”. *Derecho PUCP*, vol. 40, 1986, pp. 119.
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/derecho40&div=12&id=&page=>

CASTILLO CÓRDOVA, L. “El Derecho Constitucional sobre Derechos Humanos”. *Derecho y Sociedad*, n. 51, 2018, pp. 33-42.

DAVITTI, D. “Investment and Human Rights in Armed Conflict: Charting an Elusive Intersection”. *Hart/Bloomsbury*, 2019, pp. 1-17.
<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=372020070024100119005087074072030011030078052092059006029088126011022084031081012113102061051016000116101116094119005066087099001072061051050072073096081114002089102039002079119115074014084085112084065086087115106080127106028004011026127088005019064089&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

ECHAIDE, J. “Demandas en el CIADI y el Derecho Humano al agua: ¿Tratados de Inversiones vs. Derechos Humanos?. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°31, 2016, pp. 81-114.
<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n31/1692-8156-ilrdi-31-00081.pdf>

ECHAIDE, J. “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 Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, vol. 8, n. 12, 2014, pp. 140-162.

ERICE ARANDA, L.S. "Tratados bilaterales de inversión y derechos humanos: Tres posiciones desde América Latina." *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 37, 2020, pp. 105.
https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/22358/AFD_37_%282020%29_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y

FEBLES POZO, N. “La transparencia en el arbitraje internacional y en los tratados bilaterales de inversión”. *Universidad de Girona*, 2019, pp. 33-58.
https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/667357/tnfp_20190329.pdf?sequence=4&isAllowed=y

FEBLES POZO, N. “Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional”. *Revista de Derecho Privado*, n.40, 2021, pp.465-494.
<https://www.redalyc.org/journal/4175/417566095016/html/>

FERIA-TINTA, M. “Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of *Philip Morris v. Uruguay*”. *Journal of International Arbitration*, vol. 34, n. 4, 2017, 601-630.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “El arbitraje internacional y sus dualidades”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, n.3, 2007, pp. 17-40.
https://aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/ANUARIO_2006.pdf

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, n.2, 2009, pp. 335-378.
<https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/ba437a20-3440-453f-8974-831e3293c81b/content>

GALLO COBIÁN, V., GAUCHÉ MARCHETTI, X. y HUERTAS JIMÉNEZ, M.J. “Las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los derechos humanos. Relaciones peligrosas”. *Anuario mexicano de derecho internacional*, n.8, 2008, pp. 143-486.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100004

JOURAVLEV, A.; SARAVIA MATUS, S.; GIL SEVILLA, M. “Reflexiones sobre la gestión del agua en América Latina y el Caribe”. *Serie Páginas Selectas de la CEPAL. Santiago, Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, 2021, p. 108.

<https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e5df0bb6-9457-439f-aa2c-9b1d1b1b1518/content>

KALDUNSKI, M. “Principle of clean hands and protection of Human Rights in International Investment Arbitration”. *Polish Review of International and European Law*, vol. 4, n.2, 2015, pp. 69-101.

<https://czasopisma.uksw.edu.pl/index.php/priel/article/view/1370/1869>

LASCU, G.S.I. “El arbitraje internacional de inversiones: panorama presente y perspectivas de futuro”. *Universidad de Alcalá*, 2019.

<https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/40574/EI%20Arbitraje%20Internacional%20de%20Inversiones.pdf?sequence=1>

LATORRE BOZA, D. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de las Inversiones: una relación dialéctica”. *Repositorio del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos (PUCP)*, n.6, 2016, pp. 127-141.

LÓPEZ-JACOISTE-DÍAZ, E. “El derecho de autodeterminación según el Derecho internacional y la reivindicación de Cataluña”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, p. 149 - 178.

MARTÍNEZ GALVIS, C. A. “Arbitraje de inversión y enfriamiento regulatorio en materia de protección de los páramos: el caso del Páramo de Santurbán”. *Universidad Externado de Colombia*, 2023, p. 1-162.

<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/93263463-65f0-4c29-aa5c-522f79b30c4e/content>

NEDUMPARA, J. y LADDHA, A. “Human rights and environmental counterclaims in investment treaty arbitration”. *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, pp. 1-20.

NIKKEN, P. “El concepto de derechos humanos2. *Estudios básicos de derechos humanos*, n.1, 1994, pp. 15-37.
http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_AVA/Curso_AVA_8-02/Entorno_de_Conocimiento_8-02/Bibliografia_Unidad_2/Concepto_de_Derechos_Humanos.pdf

ORTIZ DE LA TORRE, T., et al. “La historia del derecho internacional: en el centenario de la obra de Joaquín Fernández Prida”. *Revista jurídica de Asturias*, n. 40, p. 29-54.

PAGLIARI, A.S. “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos”. *Ars Boni et Aequi*, n. 5, 2009, pp. 11-38.

PASTORE, B., et al. “El desafío de la efectividad”. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n. 50, 2024, pp. 85-93.
<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/DYL/article/view/8233/6438>

PIERNAS LÓPEZ, J.J. “100 años de libre determinación de los pueblos. La evolución del principio”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, p. 259-295.
<https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/8216>

POLANCO, R. y MANRIQUE DE LARA SEMINARIO, J.L. “Umbrella Clauses (Cláusulas Paraguas)”. *El Derecho Internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Universidad Externado Colombia*, Capítulo XXI, 2021, pp. 473-496.
https://www.wti.org/media/filer_public/cd/64/cd643552-e5f4-4ad6-95e4-88844f2d868f/clausulas_paraguas.pdf

REY VALLEJO, P. “El Arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización”. *Revista de Derecho Privado*, n. 38, 2007, pp. 3-23.
<https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033186001.pdf>

RODRÍGUEZ PLA, L. “Arbitraje internacional de inversiones: las perspectivas de presente y futuro”. *Universidad Pública de Navarra*, 2022, pp. 34-48.
<https://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/43805/113826TFMrodriuez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

TALAVERA, F. N. “Los criterios para la interpretación de los tratados”. *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 63, 2013, pp. 71-88.

TOBAR TORRES, J.A. “Receptividad y Resistencias del Discurso de los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 64-81. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n3/0718-0012-iusetp-27-03-64.pdf>

VÁZQUEZ, A., MARCOTE, N. M. y OSORIO, J. E. “Los tratados bilaterales de inversión desde la perspectiva de la convención de Viena de Derecho de los Tratados: un camino hacia la “defragmentación” del Derecho Internacional”. *Misión Jurídica*, vol. 14, n. 20, 2021, pp. 26-42.
<https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/1907/2776>

YANNACA-SMALL, K. “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”. *Standards of Investment Protection*, 2004, pp. 121-122.

4. RECURSOS DE INTERNET

AL FARUQUE, A. “Mapping the relationship between investment protection and human rights”. *Journal of World Investment Trade*, vol. 11, n. 4, 2010, pp. 539-560.

ARCURI, A. “The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration”. *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2018.

BALCERZAK, F. *Investor-state arbitration and human rights*, Brill, Boston, 2017 y p. 3.

BAS VILIZZIO, M. y MICHELINI, F. “Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay”. *Ediciones Universitarias*, 2019.

https://www.csic.edu.uy/sites/csic/files/Bas%20Vilizzio_Arbitraje%20de%20inversiones%20y%20derecho%20humanos%20Un%20an%C3%A1lisis%20particular%20del%20caso%20Philip%20Morris%20contra%20Uruguay_FDER.pdf

COLIN, N., LINGARD, N. y ROVINESCU, L. “The future of investor-State dispute settlement”. *Freshfields Bruckhaus Deringer*, 2021.

<https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/future-of-investor-state-dispute-settlement/>

COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT. “Cartilla: Tratados Internacionales de Inversión y Solución de Controversias Inversor-Estado”. *CCSI: Columbia Center on Sustainable Investment*, 2021.

<https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/Cartilla%20-%20Tratados%20Internacionales%20de%20Inversio%CC%81n%20y%20Solucio%CC%81n%20de%20Controversias%20Inversor-Estado.pdf>

DAVITTI, D. “Sobre la proporcionalidad, de nuevo: Domesticando el derecho internacional de las inversiones y gestionando la vulnerabilidad”. *Investment Treaty News*, 23 de marzo de 2021.

https://www.iisd.org/itn/es/2021/03/23/on-proportionality-again-domesticating-international-investment-law-and-managing-vulnerability-daria-davitti/#_ftnref17

DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO (2023). Recuperado el 19 de febrero 2024

<https://dpej.rae.es/lema/inmunidad-jurisdiccional-de-los-estados-y-de-sus-bienes>

FRANCK, S. y WYLIE, L. “Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration”. *Duke Journal Law*, n.65, 2015, pp. 493-495.

GRANATO, L., y ODDONE, C.N. “La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión”. *Tendencias*, vol. 8, n.2, 2007, pp. 43-66.

MARII, R. “Trato Especial y Diferenciado en los Acuerdos Internacionales de Inversión”, *Investment Treaty News*, 12 de diciembre de 2016. <https://www.iisd.org/itn/es/2016/12/12/special-and-differential-treatment-in-international-investment-agreements-riham-marii/>

NACIONES UNIDAS. “Objetivos y metas de desarrollo sostenible”. *United Nations Official Website*, (s.f). <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed. Recuperado el 8 de febrero 2024 <https://dle.rae.es/ad%20hoc>

SCHACHERER, S. “International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s”. *International Institute for Sustainable Development*, 2018, pp. 1-79. <https://www.iisd.org/system/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>

SUÁREZ RICAURTE, F. “Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI”. *International Institute for Sustainable Development (IISD)*. 19 de septiembre de 2019. https://www.iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/#_ftnref22

VANINA, S. “Backlash in Investment Arbitration”. *Ius Mundi*, 19 de junio de 2023. <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-backlash-in-investment-arbitration>