

El derecho humano al agua y las inversiones extranjeras: reflexiones en torno a responsabilidades concurrentes en el derecho internacional

The human right to water and foreign investment: reflections on
concurrent responsibilities in international law

Javier I. ECHAIDE*

RESUMEN: El presente artículo desarrolla problemas que surgen de la fragmentación del derecho internacional y de la subjetividad estatal como única figura aplicable para la asignación de responsabilidades en materia de derechos humanos. El caso concreto es el derecho humano al agua. Se enumeran las normas que establecen que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano reconocido y vinculante tanto en el derecho internacional positivo como por el consuetudinario. Luego se definen contradicciones normativas entre el derecho humano al agua y los tratados bilaterales de inversión (TBI) que protegen a las inversiones extranjeras de empresas multinacionales. Dichas contradicciones generan asimetrías en favor de las empresas inversionistas pero que desbalancean la relación entre derechos y obligaciones, y acarrear la posible violación del derecho humano al agua. Ante estas violaciones es necesario rever la asignación de responsabilidades en el marco internacional tanto para el Estado como para los entes privados como obligaciones incumplidas en forma concurrente, es decir una misma obligación –proveer de agua y saneamiento a las comunidades– pero por causas legales distintas. La responsabilidad es la misma, y la figura del cómplice sirve a los efectos de atribuir tal responsabilidad a todos los actores involucrados para con ello resarcir a las víctimas frente a los abusos y dar herramientas que haga progresar al derecho internacional y mejore la calidad de vida de los pueblos.

* Doctor en Derecho y Abogado. Profesor de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) e investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Proyectuales (INSOD-UADE). Contacto: <jechaide@hotmail.com>. Fecha de recepción: 07/05/2018. Fecha de aprobación: 08/09/2018.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; CIADI; inversiones; TBI; Responsabilidad Internacional.

ABSTRACT: This article develops problems that arise from the fragmentation of international law and state subjectivity as the only applicable figure for the assignment of responsibilities in the field of human rights. The specific case is the human right to water. This article lists the norms that establish that the right to drinking water and sanitation is a recognized and binding human right both in positive international law and in customary law. Then we expose the normative contradictions between the human right to water and bilateral investment treaties (BITs) that protect foreign investments of multinational corporations. These contradictions generate asymmetries in favor of investment companies, imbalance the relationship between rights and obligations, and lead to the possible violation of the human right to water. In the face of these violations, it is necessary to review the assignment of responsibilities in the international framework for both the State and private entities as unfulfilled obligations in a concurrent way, that is, the same obligation –providing water and sanitation to the communities– but for different legal reasons. The responsibility is the same, and the figure of the accomplice serves to attribute such responsibility to all the actors involved in order to compensate the victims in case of abuses to human rights and provide tools to advance international law and improve the quality of life of the peoples.

KEYWORDS: Water; Human Rights; ICSID; Investments; BIT; International Liability.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional es incompleto y se desarrolla de manera progresiva y constante. Solemos ser testigos de ese desarrollo, aunque en ocasiones no conscientemente, pues el derecho internacional se desenvuelve de manera mucho más paulatina que el derecho interno. El reconocimiento del derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano es uno de esos casos, pues cuenta con un desarrollo de cuatro décadas y es recién en la actualidad cuando entendemos que se han producido los cambios que entendemos fundamentales. Actualmente, decir que el derecho al agua es un derecho humano es decir que se trata de un derecho vinculante y que sus efectos son dados por toda la comunidad internacional para toda la comunidad internacional (*erga omnes*). Las normas con carácter *erga omnes* indiscutiblemente gozan de un deber prioritario de cumplimiento para los Estados respecto del resto de sus obligaciones y no pueden ser dejadas de lado por otros compromisos internacionales.

La asignación de responsabilidades es un instituto propio del derecho. Hans Kelsen definía a una norma jurídica como aquella que establecía obligaciones legalmente exigibles y a la cual se le aparejaba una responsabilidad frente a su incumplimiento. Aunque muchas veces esta definición tajante no se dé en el derecho internacional –pues existen normas jurídicas no vinculantes (*soft law*) y se trata también de un sistema jurídico pobre en sanciones-, ni siquiera un positivista sólidamente formado en derecho podría aseverar que el derecho internacional carece de un carácter normativo. Simplemente opera con algunas reglas que son diferentes, pero que no por ello se encuentran ausentes. Una de esas reglas tiene que ver con la asignación de responsabilidades frente al incumplimiento de una norma del derecho internacional, sea general o de carácter particular.

Ahora bien, dentro del instituto de la responsabilidad legal, no todos los sujetos atribuibles responden ni por la misma medida ni por la misma fuente que la origina. En materia de obligaciones, este es el caso de las responsabilidades concurrentes: aquellas en las que dos o más entes son sindicados responsables por un mismo hecho pero por motivos distintos. Estos principios pueden ser de mucha utilidad para resolver las dudas existentes acerca de cómo aplicar la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos a entes no estatales.

II. UN PROBLEMA CON LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL

Una primera cuestión se relaciona con la subjetividad internacional. Se trata de un debate arduo respecto de si las empresas transnacionales (ETN) son o no sujeto de derecho internacional. Parafraseando al filósofo alemán Karl Jaspers, lo esencial de una investigación no está meramente en las respuestas que ofrece sino en las preguntas que realiza. Quizás una buena pregunta sea el plantearnos si es realmente necesario definir la naturaleza jurídica de la empresa privada dentro del derecho internacional para asignar su responsabilidad. ¿Qué tan esencial es el tener que establecer si una corporación es sujeto o no dentro del derecho internacional para sindicarlo como responsable de sus actos, cuando paralelamente no se realiza dicha pregunta para considerarlo como objeto legal de beneficios, protección e incluso de privilegios dentro de ese mismo derecho?

Nuestra pregunta apunta a que ya existe –de hecho y de derecho– una asimetría legal en favor de las ETN dentro del derecho internacional público.¹ Numerosos tratados bilaterales en materia de protección de inversiones (TBI), así como capítulos sobre in-

¹ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan: “Un nuevo derecho corporativo transnacional. El carácter feudal de los ordenamientos jurídicos globales”, en *CA-El derecho humano al agua y las inversiones extranjeras...*

versión en tratados de libre comercio (TLC) determinan que las empresas inversionistas poseen mayores beneficios en cuanto a la protección de sus inversiones que las empresas locales.² Suele aludirse la necesidad de ello debido a que una inversión en territorios foráneos conlleva una cuota de riesgo mayor que una inversión más fácil de controlar, como sería la realizada por un inversionista nacional. Paradójicamente, quienes suelen alegar estos motivos hablan también de la “era de la información”, la “era digital”, la revolución tecnológica y la globalización para aludir la altísima interconexión que posibilita un mundo de negocios más aceitado y de mayores beneficios. Como fuere, la respuesta a esta aparente contradicción quizás esté en el riesgo: es riesgoso invertir en el extranjero y por ello es que pueden necesitarse mayores garantías. Pero la naturaleza misma de cualquier emprendimiento implica un riesgo, y en el caso de una empresa el riesgo puede significar la pérdida del capital invertido. Para favorecer la empresa privada, expandir sus posibilidades de negocios y, consecuentemente su escala de acumulación lucrativa, se fueron sumando mayores garantías para su beneficio, al punto en que hoy día las empresas transnacionales cuentan con un capital acumulado muchas veces superior a los de los PIB de países enteros. De hecho, es muy discutible que beneficios como estos puedan ser considerados como “derechos”. Un derecho es algo que es compartido por todos los demás, y aquí este beneficio es exclusivo para los inversionistas extranjeros. Cuando nos encontramos ante este tipo de ventajas de algunos en comparación con otros, no se trata de un derecho, sino de un *privilegio*.

Los TBI y los TLC suelen contener diversidad de este tipo de privilegios en favor de las empresas multinacionales. Sin embargo, hallamos muy pocas contraprestaciones a cambio. Este desbalan-

PALDO, Griselda (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua—Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011.

² *Ibidem*, 2011. ECHAIDE, Javier, *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones*. Buenos Aires, La Ley-Thompson Reuters, 2018.

ce entre derechos (o privilegios) y obligaciones, y que nosotros aquí reducimos bajo el concepto de “asimetría normativa”, es materia de numerosos debates³ que justifican ánimos de reforma del régimen de protección de inversiones a nivel internacional.

¿Acaso está siendo cuestionada la validez de los TBI o de los TLC en el centro de los debate internacionales? Nadie parece hacerlo. Prácticamente toda la literatura jurídica especializada sostiene que se trata de acuerdos entre Estados que perfectamente pueden beneficiar a terceros, pero la carencia de subjetividad internacional de las ETN no es un tema en discusión cuando se habla de tales beneficios o de la validez misma de estos tratados. ¿Por qué entonces pareciera que debemos examinar hasta lo más hondo de la filosofía del derecho internacional sobre si las ETN son o no sujetos del derecho internacional al momento de simplemente hablar de imponer obligaciones a las ETN y asignarles responsabilidad por sus actos a nivel internacional?

Puede decirse que en definitiva han sido los Estados firmantes de estos tratados los que han establecido estas condiciones, y que por ende no debe recaerse en indagar sobre la naturaleza de los derechos/privilegios establecidos en este tipo de acuerdos, sino más bien en que estos simplemente son producto de la voluntad de los Estados. Empero, tal respuesta resulta simplista al momento de pretender establecer la razón de lo difícil que resulta intentar asignar obligaciones a nivel internacional a las ETN: quizás haya sido así la voluntad de los Estados, pero no por ello clausura el de-

³ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, *op. cit.*, 2011. ECHAIDE, *op. cit.*, 2018. MARCHINI, Jorge; MORALES, Josefina & ROFFINELLI, Gabriela, “Conflicts between Latin American Countries and Transnational Corporations: The challenges of the region in the face of asymmetrical investment treaties”, disponible en: <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/conflicts-between-latin-american-countries-and-transnational-corporations-the-challenges-of-the-region-in-the-face-of-asymmetrical-investment-treaties-jorge-marchini-josefina-morales-gabriela-roffinel/?utm_source=Investment+Treaty+News&utm_campaign=7a4aed96de-EMAIL_CAMPAIGN_2018_04_24_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_ce99edb66e-7a4aed96de-225625949> (consultado en septiembre 2018).

bate acerca de que la mencionada asimetría normativa merece ser subsanada reconociendo obligaciones y responsabilidades a nivel internacional para los beneficiados de estos acuerdos.

Por ello, resulta insuficiente pretender analizar la subjetividad internacional de actores como las ETN, máxime si se lo hace bajo el mismo paradigma que analizamos a los Estados-nación. La realidad internacional ha cambiado mucho desde el orden westfaliano y el derecho internacional debe acompañar esos cambios evitando incongruencias y actuando frente a los abusos. Ello lo hace mediante una sola herramienta: la regulación. Aunque incompleto, el derecho internacional avanza progresivamente sancionando nuevas normas que regulen los fenómenos y comportamientos internacionales. Y este precisamente es uno de esos casos.

III. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL AGUA

Nadia puede hoy poner en duda la existencia de un derecho humano al agua. Ha tenido una prolífica historia en su desarrollo.⁴ Basta aquí con mencionar cinco fuentes: en primer lugar, la Observación General Nro. 14 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC)⁵ emitida en el año 2000 por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PDESC); y en segundo lugar, la Observación General Nro. 15 del mismo Pacto⁶ y emitida por el mismo órgano en el año 2002,

⁴ Ver Organización de las Naciones Unidas (ONU): <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml> (consultado en septiembre 2018).

⁵ Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view>> (consultado en septiembre 2018).

⁶ Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>>(consultado en septiembre 2018).

esta vez específicamente sobre el derecho al agua. La Observación General Nro. 15 interpreta el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y reafirma la existencia del derecho al agua en el derecho internacional. Enmarca su interpretación del derecho al agua en dos artículos: el artículo 11, que reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado, y el artículo 12, que reconoce el derecho a disfrutar del más alto nivel de salud posible. La Observación establece de forma clara las obligaciones de los Estados Parte en materia de derecho humano al agua y define qué acciones podrían ser consideradas como una violación del mismo. El artículo I.1 estipula que: “(...) El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

En tercer lugar, la Asamblea General de las Naciones Unidas sancionó en el año 2010 la Resolución 64/292.⁷ Allí, se define al derecho de acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano en forma explícita y autónoma, como algo básico y universal para toda la humanidad. La afirmación de entender al agua como un derecho humano universal no contó con detractores en la comunidad de Estados a nivel internacional: de los 163 países que estuvieron presentes en la votación del 28 de julio de 2010, 41 se abstuvieron y 122 delegaciones votaron a favor de declarar al agua como un derecho humano. No hubo votos en contra.⁸

En cuarto lugar, ese mismo año y luego de la Resolución 64/292 de Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a su vez sancionó la Resolución 15/9 sobre “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”. Allí afirmó que el derecho al agua y al saneamiento es parte de la actual ley internacional y confirma que este derecho es

⁷ Ver Organización de las Naciones Unidas (ONU): <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S> (consultado en septiembre 2018).

⁸ Ver Organización de las Naciones Unidas (ONU): <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf> (consultado en septiembre 2018).

legalmente vinculante para los Estados,⁹ exhortando a los Estados a desarrollar herramientas y mecanismos apropiados para alcanzar progresivamente el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con dicho derecho. La Resolución 15/9 también aceptó las recomendaciones de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque, respecto de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos y las responsabilidades en materia de derechos humanos de los proveedores de servicios no estatales en el suministro de servicios de agua y saneamiento. Del mismo modo, la Resolución reafirmó que los Estados tienen la responsabilidad primordial de garantizar la plena realización de todos los derechos humanos y que el hecho de haber delegado en terceros el suministro de agua potable segura y/o servicios de saneamiento no exime al Estado de sus obligaciones en materia de derechos humanos.¹⁰

En quinto y último lugar, el Consejo de Derechos Humanos sancionó en 2011 la Resolución 16/2 sobre “El derecho humano al agua potable y el saneamiento”.¹¹

La caracterización del derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano universal y vinculante tiene implicancias prácticas: el derecho de acceder a una fuente de agua potable en cantidad y calidad suficientes para asegurar el nivel de vida básico y la dignidad de todo ser humano implica obligaciones que ya se encontraban existentes en los tratados internacionales de derechos humanos, pero que ahora expresamente se los vincula a la cuestión del acceso al agua. Ello también se relaciona

⁹ Ver Organización de las Naciones Unidas (ONU): <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_spa.pdf> (consultado en septiembre 2018).

¹⁰ Ver Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH): <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement>> (consultado en septiembre 2018).

¹¹ Ver Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH): <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/124/88/PDF/G1112488.pdf?OpenElement>> (consultado en septiembre 2018).

con que el suministro de agua potable sea un servicio público. En este sentido, el derecho humano al agua importa obligaciones hacia los Estados que resultan innegables e indelegables: tanto el sistema internacional como el sistema interamericano de derechos humanos establecen que son los Estados los primeros obligados al momento de observar el cumplimiento de estos tratados.

Pero también es necesario recalcar que las obligaciones de derechos humanos no son exclusivas de los Estados. Toda violación en materia de derechos humanos implica una responsabilidad del Estado –por acción o por omisión, en forma directa o indirecta– en tanto cometió el abuso o no controló en forma suficiente las actividades que se realizaban dentro de su jurisdicción y que resultaron abusivas. Los argumentos en defensa de los derechos humanos no pueden entenderse como argumentos “pro-estatales” cuando se esgrimen frente a otros actores en el escenario internacional (como son las empresas transnacionales), siendo que es el Estado el primer sindicado en materia de responsabilidad cuando una ocurre una violación en la materia. Lo dicho se debe a que estos argumentos están penetrando los análisis del sistema de protección de inversiones en tribunales arbitrales como el CIADI (entre tantos otros centros de arbitraje internacional), y cuando ello ocurre, se los entiende como argumentos de defensa del Estado, cuando lo que en realidad hacen es develar los impactos negativos de este régimen legal sobre el régimen de los derechos humanos.

En este sentido, la advertencia fue dada ya en 2003 cuando la Comisión de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas acogió el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre “Los derechos humanos, el comercio y las inversiones”. Dentro de sus conclusiones más importantes, el informe destaca que:

(...) La consideración de la liberalización de las inversiones desde el punto de vista de la promoción y protección de los derechos humanos es una nueva aportación al debate. Si bien es cierto que dicha liberalización reduce en cierta medida el campo de acción

y el alcance de las políticas de los Estados con respecto a los inversionistas y las inversiones, al tomar en cuenta los derechos humanos se hace hincapié en que con la liberalización no se debe llegar hasta comprometer la acción y las políticas estatales de promoción y protección de los derechos humanos. En la medida en que los acuerdos de inversión se refieran a cuestiones de derechos humanos, los Estados tienen el deber de reglamentar (el deber de realizar los derechos humanos). (...).¹²

Los TBI limitan el espacio de políticas públicas de los Estados de acogida de las inversiones extranjeras. Ese es un efecto que estos tratados producen y cuyas advertencias ya vienen haciéndose desde hace más de diez años. Al mismo tiempo, estos acuerdos no demuestran haber sido efectivos como instrumentos para atraer inversiones. En el caso argentino –que es el objeto principal de nuestras investigaciones– sólo puede observarse un incremento importante en el año 1997 provocado por la privatización de la empresa estatal de extracción petrolera en dicho país: Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), que aun cuando era superavitaria, que pasó a manos de la empresa española Repsol. Pero los niveles de participación de la inversión extranjera en el PIB argentino se mantuvieron –con altibajos– en un promedio de 2% del PIB durante los últimos veinte años. De hecho, si se hace un estudio más puntilloso, los datos del Banco Mundial enseñan que el nivel de la inversión extranjera en la economía argentina subió un poco más durante la década de 2000 (sin nuevos TBI) que en los años anteriores (ver Gráfico 1).

¹² Ver Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC): <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/148/46/PDF/G0314846.pdf?OpenElement>> (consultado en septiembre 2018).

Gráfico 1: ¿Los TBI atraen las inversiones extranjeras? (caso argentino)

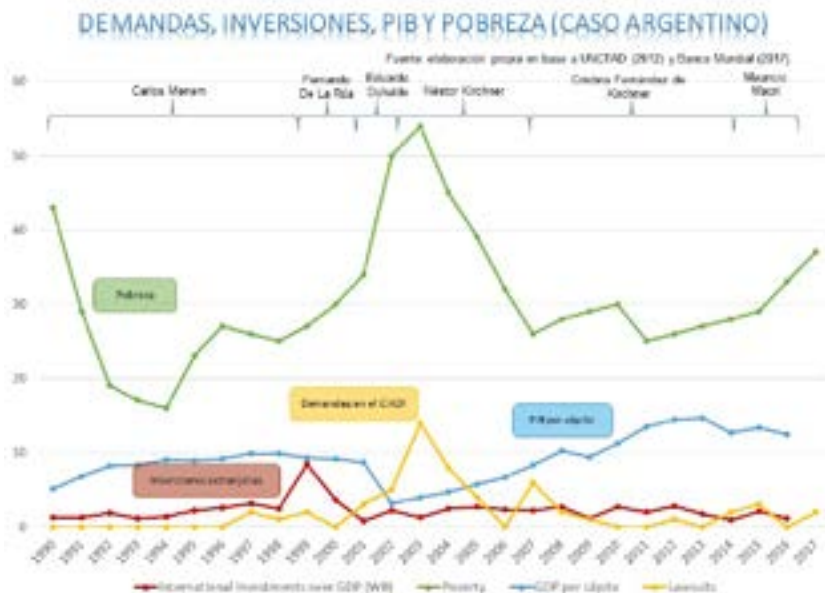
Fuente: elaboración propia en base a UNCTAD, 2012 y Banco Mundial, 2017.



Otro argumento que no se corrobora empíricamente es el que sostiene que las inversiones extranjeras, atraídas por los TBI, reducen la pobreza (ver Gráfico 2). Sí en cambio, hay un correlato entre el aumento de demandas internacionales por parte de las empresas multinacionales inversionistas con un aumento de los niveles de pobreza. El motivo en el caso argentino es el marco de la crisis de 2001-2003.

Gráfico 2: Demandas, inversiones, PIB y pobreza (caso argentino)

Fuente: elaboración propia en base a UNCTAD, 2012 y Banco Mundial, 2017.



Similares conclusiones hemos tenido la oportunidad de verificar en el caso de Ecuador: la Comisión de Auditoría Integral de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) –una comisión internacional independiente convocada por el Poder Ejecutivo bajo la administración del presidente Rafael Correa– probó que la firma de estos tratados tampoco cumplió con su promesa original de atraer grandes inversiones extranjeras para la economía ecuatoriana, no fue motor de su desarrollo económico y tampoco promovió el empleo.¹³ Ello nos lleva a sospechar que el sistema se torna activo cuando se dan los contextos de crisis: los TBI no atraen la inversión externa pero sí sirven para ser

¹³ CAITISA, 2017, Informe Ejecutivo. Disponible en: <<http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>> (consultado en septiembre 2018).

la base legal de inversiones incluso que ya están para que puedan demandar legalmente ante arbitrajes internacionales en medio de una crisis económica. Tal situación coloca al Estado en un punto de franca exposición: limita su poder regulatorio, no puede tomar políticas económicas que puedan afectar a los capitales extranjeros pasa salir de una crisis, y queda expuesto a demandas en foros de arbitraje internacional por cualquier acto u omisión que pudiera realizar cualquier autoridad de cualquier poder público que eventualmente haga sentir a un inversionista extranjero afectado por la misma.

VI. CONFLICTOS ENTRE NORMAS

Es claro el conflicto normativo entre la capacidad de poder implementar políticas públicas y los privilegios que las inversiones externas poseen gracias a estos tratados internacionales. Pero en materia de agua potable y saneamiento se suma un elemento muy sensible y es que no nos referimos a una mercancía cualquiera cuando hablamos del agua potable, sino que es una sustancia que debe ser provista bajo todas las garantías legales de un derecho humano. El agua es fuente de vida y como tal, su acceso es un derecho humano reconocido de forma positiva y consuetudinaria por el ordenamiento jurídico internacional.

Un debate todavía sin resolver es el que concierne al lugar jerárquico que ocupan los tratados de derechos humanos para el derecho internacional general y los efectos que ello produce sobre otras normas. No caben dudas acerca de que este conjunto de tratados poseen efecto *erga omnes*, es decir que son elaborados por toda la comunidad internacional para toda la comunidad internacional. En ese sentido, no dependen exclusivamente de la regla de reciprocidad para su cumplimiento, sino que surgen de la voluntad colectiva de los Estados como conjunto de normas básicas para la convivencia internacional luego de la Segunda Guerra

Mundial. Dicho esto, los derechos humanos actualmente forman parte de esa especie de “orden público” internacional que los Estados no pueden prescindir para definir sus relaciones bilaterales.

Está claro que ello tiene implicancias cuando estamos hablando de violaciones a los derechos humanos a raíz de otros tratados. El art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas se refiere a las normas con efecto *erga omnes*:

Artículo 103

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

Lo que se mantiene pendiente de resolución es considerar si las normas *erga omnes* son normas imperativas (es decir *jus cogens*) para el derecho internacional o no. A diferencia de otras ramas de los derechos domésticos de los Estados, el derecho internacional posee sólo dos jerarquías de normas: o son normas dispositivas o son imperativas. Establecer esa definición no es circunstancial dado que las normas de *jus cogens* son de una importancia tal que acarrearán la nulidad de todas las demás normas que les sean contrapuestas, según lo establecido en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”).

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y

que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Hemos establecido que los TBI acarrearán una consecuencia de inmovilidad regulatoria hacia los Estados. Empero, ¿no acarrea también un incumplimiento de esos tratados el dejar de regular mecanismos para garantizar el pleno goce de los derechos humanos –como es en el caso del derecho humano al agua–? Claro que sí. Los tratados de derechos humanos imponen una obligación de hacer a los Estados y éstos, ante la disyuntiva de garantizarlos y tomar una medida de política pública que afecte las ganancias de los inversionistas extranjeros exponiéndose al riesgo de ser demandados internacionalmente, optan por no afectar a las empresas y echarse atrás con la medida. Ante estos casos existe una violación del derecho humano al agua por falta de una regulación apropiada para que sea garantizado. Frente a tal situación, el Estado debe ser sindicado como responsable por dicha violación. ¿Pero qué pasa con las normas? Existe una polémica acerca de si los derechos humanos son o no una norma de *jus cogens*. Hasta el momento, la bibliografía especializada entiende que los derechos humanos no son parte del *jus cogens* internacional pero sí son parte del orden público internacional y sus efectos son *erga omnes* para toda la comunidad en su conjunto.¹⁴ Existen diferencias técnicas y también algunas confusiones que subsisten, pero al menos algo parece ser claro y es que una norma de derechos humanos que resulta contradictoria con un TBI no hace que

¹⁴ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés & DUQUE VALLEJO, Ana María, “Declaración Universal de los Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*?”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm.6 (12), Bogotá, 2008. Disponible en: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13917>> (consultado en septiembre de 2018). GARIBIAN, Sévane & PUPPO, Alberto, “Acercas de la existencia del *ius cogens* internacional: Una perspectiva analítica y positivista”, en *Isonomía*, núm. 36, México, abr. 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182012000100001> (consultado en septiembre de 2018).

éste último resulte nulo.¹⁵ Con ello, ambas obligaciones persisten para los Estados, pero son los tratados de derechos humanos los que deben cumplirse en forma prioritaria¹⁶ frente a los TLC o los TBI. Dicho ello, también debe resaltarse otro problema: ¿no se observa una contradicción si el Estado se halla ante esa disyuntiva? Y de ser así, ¿no acarrea ninguna consecuencia sobre las normas en conflicto? ¿Cómo es posible que en el derecho subsistan obligaciones contradictorias sin que ello acarree consecuencias para ninguna de las normas en conflicto? ¿Acaso el Estado está condenado de antemano a indemnizar, o bien a la empresa o bien a los afectados, por una violación que no podrá evitar? Si el sistema legal –que en el caso del derecho internacional depende de la voluntad de los Estados– no hace algo al respecto, no es el orden sino la contradicción lo que prevalece.

Este tipo de preguntas han motivado iniciativas de reformas en los TBI para incluir obligaciones en materia de derechos humanos, y no solamente para los Estados sino también para las empresas inversionistas. Creemos que tal tipo de iniciativas resultan interesantes para explorar dado que se encuentra ya vigente todo un plexo normativo en materia de obligaciones de derechos humanos pero que parece ser pasado por alto. Los tratados de derechos humanos ya existen y su observancia no es optativa para la comunidad internacional. Como hemos dicho, poseen prioridad en el cumplimiento frente a otras normas de carácter meramente dispositivo (como son los TBI y los TLC). Entendemos que las ini-

¹⁵ ZELADA, Carlos, “Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos”, en *Revista Agenda Internacional*, año VIII, W 17, 2002. Disponible en: <file:///C:/Users/jecha/Desktop/ius%20cogens%20y%20derechos%20humanos.pdf> (consultado en septiembre de 2018).

¹⁶ KOSKENNIEMI, Martti, “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*. Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/CD%20Anuario%202007/Dip/CDI/CDI%20ACN%204L%20682.pdf> (consultado en septiembre 2018).

ciativas de agregar cláusulas de derechos humanos a los TBI son intentos de refaccionar un andamiaje legal de forma incorrecta y que tampoco resolverá el problema. A raíz de este tipo de abordajes, la Corte Permanente de Arbitraje se ha mostrado propicia a recibir demandas en materia de derechos humanos vinculadas a los TBI como base legal para tales denuncias. ¿Pero qué ocurre con el sistema de protección de derechos humanos? ¿Será que los foros de arbitraje tomarán la jurisprudencia de las cortes de derechos humanos y la aplicarían como propia? ¿Acaso no existe ya vigente un sistema de protección de derechos humanos con cortes, jurisprudencia, interpretaciones y todo un arsenal jurídico a disposición, o nos olvidamos de ello? ¿No sería más conveniente utilizar todo lo que ya se encuentra disponible en vez de fragmentar todavía más al derecho internacional?

Si hablamos de un orden público internacional, y ese orden público es por definición indisponible, lo que corresponde es aplicar el principio de adecuación de toda norma internacional a ese orden público. Y por adecuación no queremos decir agregar nuevas cláusulas, sino que la observancia de los TBI y los TLC ocurra bajo el estricto cumplimiento de los tratados de derechos humanos; y que en caso de hallarse contradicciones normativas, imperen estos últimos sobre los primeros, tal como sostiene el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas. La adecuación no implica reformas de todos los TBI o los TLC (aunque sería conveniente), pero sí un mensaje claro a todas las cortes y tribunales de arbitraje de que son los derechos humanos la vara que mide la responsabilidad del Estado y la de las empresas inversionistas como base normativa de la convivencia internacional, y no los tratados de comercio y de inversión en una forma sesgada y apartada del resto del derecho internacional. De ese modo, la adecuación de las normas dispositivas al orden público, en vez de multiplicar la inflación normativa y las posibles contradicciones del sistema, parece ser una opción mucho más coherente y eficiente.

No obstante, la aplicación de una adecuación del régimen de comercio e inversiones a los derechos humanos puede hallar una

dificultad que quizás esté dada, como sostuvimos al inicio, en un enfoque demasiado conservador en materia de subjetividad internacional, y que el sistema de derechos humanos aún se mantenga en que son los Estados los únicos responsables en la materia. Nos permitimos dudar en cuanto a que la solución de un problema de fondo sea brindado por una solución formal. Se requiere una respuesta de fondo, es decir: ampliar la responsabilidad a actores que poseen la misma legitimación para reclamar por derechos, es decir: empoderar los derechos humanos, sus foros, sus tratados vinculantes para hacerlos cumplir frente a *todo* tipo de abusos.

V. OBLIGACIONES CONCURRENTES

En este momento resulta pertinente preguntarse si cabe o no una responsabilidad a los favorecidos directos de este régimen de protección de comercio e inversión. Analizada la responsabilidad del Estado y los conflictos entre normas, ¿es posible argumentar que los inversionistas y sus empresas deban hallarse exentos de obligaciones y responsabilidades? Sostenemos que no. La asimetría normativa debe compensarse con una asignación de obligaciones en consecuencia para poder nivelar la relación jurídica entre derechos y obligaciones de las empresas y en igualdad de condiciones: si la protección de inversiones otorgan derechos a las empresas de responsabilizar a los Estados por violaciones a su propiedad, el sistema internacional también debe prever mecanismos para llevar a las empresas a que respondan en los mismos términos frente a las comunidades que pueden verse afectadas por sus actos u omisiones.

Para ello, el derecho posee una clasificación de obligaciones determinada: las obligaciones concurrentes, también llamadas conexas, indistintas o convergentes. Son aquellas por la que dos entes deben responder ante una misma situación pero *por causas diferentes*. En derecho interno los ejemplos de este tipo de obliga-

ciones son frecuentes: la responsabilidad del dueño o guardián de una cosa riesgosa productora de un daño; la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y la del dependiente por el hecho propio; la responsabilidad civil del autor del daño y la de la compañía de seguros fundada en una relación contractual con el autor; o los supuestos de reparaciones de daños resultantes de un incumplimiento contractual producido con intervención de un tercero cómplice, son algunos de muchos otros casos.¹⁷ Si bien todos estos ejemplos son casos de derecho interno, la formulación de obligaciones y su clasificación no es algo que sea exclusivo del ámbito interno de ningún Estado ni de su legislación interna. Las clasificaciones de las obligaciones son comunes a la generalidad de naciones civilizadas en el mundo, por lo que nadie puede alegar que desconoce lo que es una obligación conexas o convergente.

En términos de fuentes normativas del derecho internacional, algunas de ellas son enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En su punto 1.c menciona los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Estos principios generales son los provenientes del derecho interno de los Estados que son parte de la comunidad internacional. De ellos deberán tomarse los que resultan comunes y descartarse los que no lo son. Así, puede tomarse la responsabilidad por obligaciones concurrentes en cabeza del Estado y de las empresas transnacionales, pues las naciones han venido reconociendo de forma progresiva la atribución de responsabilidad no sólo a sujetos del derecho internacional, como son los Estados, sino a una gama más amplia de actores dentro del escenario internacional. Los motivos para ello no son pocos: distintas actividades ilícitas cometidas por entes jurídicos privados (empresas) han puesto en jaque el paradigma de la asignación de la responsabilidad no solamente en el ámbito civil sino también en el penal.¹⁸

¹⁷ CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

¹⁸ VÍTOLO, Daniel R. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018.

El hecho de una violación de un derecho humano, como es el derecho humano al agua, producido por una falta de regulación que garantice su acceso, es una violación clara por parte del Estado que incurre, por omisión, en un caso de responsabilidad internacional.¹⁹ Pero tal violación no ocurre por *motu proprio* del Estado, sino para favorecer a un actor privado –una empresa, un inversionista– que puede alegar un TBI o el capítulo de inversiones de un TLC para condicionar el comportamiento del Estado en su favor y evitar que se celebre la medida que podría afectar los costos o el rédito de la inversión por garantizar el acceso al agua potable y saneamiento. Resulta por ende igual de claro que la empresa no decide la omisión de regular, lo hace el Estado. Pero la empresa condiciona tal situación a su favor.²⁰ Ambos actores son responsables de la situación, aunque no por la misma causa. La empresa multinacional que ha invertido y que, para lograr mayor rédito económico, insta a evitar que el Estado regule a fin de que se garantice el derecho humano al agua, incurre en una actividad de la que debe responsabilizarse por su provecho. También el derecho prevé herramientas en este sentido por vía de la figura de la *complicidad*. Actualmente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no contempla la posibilidad de llevar a sus estrados a una empresa multinacional, aunque tal situación sí fue considerada en sus trabajos preparatorios y sigue siendo materia de debates.²¹ Pero situaciones como el trabajo esclavo, la venta de armas, la responsabilidad política de incentivar conflictos armados, y las afectación de acceder a fuentes de agua segura en cantidad y calidad suficientes para el consumo humano, son formas

¹⁹ CAPALBO, Sofía, “El agua como un derecho humano y el rol del Estado”, en CAPALDO, Griselda (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua-Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne.

²⁰ SUDA, Ryan, “The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization”, en DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.

²¹ CHIOMENTI, Cristina, “Corporations and the International Criminal Court”, en DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.

en que las empresas pueden violar los derechos humanos por su ánimo exacerbado de lucro. Una forma incidental de complicidad por la que la empresa multinacional puede verse involucrada en un caso de violación al derecho humano al agua es que, mediante mecanismos que condicionen la voluntad del Estado, logre evitar que se sancionen regulaciones que garanticen el goce de ese derecho. Los derechos humanos no pueden ser entendidos como un costo económico, sino como la base para el cumplimiento y goce del resto de los derechos, incluido el derecho de propiedad de los inversionistas. Por eso es que priman sobre las demás normas dispositivas internacionales, como los TBI y TLC,²² algo para considerar también máxime en momentos cuando se negocian Códigos Vinculantes para Empresas Multinacionales y otras Empresas en materia de Derechos Humanos en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.²³

VI. CONCLUSIONES

Como puede observarse, el derecho es una disciplina dinámica y posee las herramientas para volver las actuales contradicciones y asimetrías hacia un equilibrio. No faltan argumentos y no es imposible evitar los abusos, sancionarlos cuando estos se producen y resarcir a las víctimas que los han sufrido. Los derechos humanos son la base de la convivencia internacional y, por ello, deben prevalecer sobre cualquier otra norma cuando éstas últimas caigan en contradicción con las primeras. Pero la situación que se ha

²² TÓFALO, Inés “Overt and Hidden Accomplices: Transnational Corporations’ Range of Complicity for Human Rights Violations”, en DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.

²³ VARGAS, Claret, “¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos? Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza”, en RODRÍGUEZ GRAVITO, César, *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2018.

evidenciado desde la entrada de la globalización –sino desde antes– ha favorecido la acumulación y la concentración económica de una forma sin precedentes históricos y ha conformado nuevos sujetos de poder. Ya no son sólo los Estados los entes poderosos capaces de violentar los derechos humanos y, por ende, no pueden ser solamente ellos los que respondan ante la justicia internacional. Las empresas transnacionales son hoy actores que mediante formas mucho más sutiles e intrincadas sobrepasan los límites dados por las normas con el objetivo de obtener un mayor lucro. El impedimento para torcer esta realidad hacia parámetros de justicia no es un problema jurídico, es político, pues las empresas pueden –y deben– ser responsabilizadas por los actos y omisiones que cometen así como por condicionar a los Estados a cometer violaciones a los derechos humanos. El derecho humano al agua puede violarse por falta de regulación estatal como resultado de un condicionante sistémico en provecho de las empresas multinacionales inversionistas en el sector. ¿Impide esto que las empresas inviertan? No. Pero establece reglas de juego claras en donde menoscabar la vida y la dignidad humana, y afectar a la naturaleza de manera irrecuperable no es ya una forma aceptable, ni mucho menos responsable, de ejercer la actividad económica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés & DUQUE VALLEJO, Ana María, “Declaración Universal de los Derechos Humanos, ¿norma de ius cogens?”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 6 (12), Bogotá, 2008. Disponible en: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13917>> (consultado en septiembre de 2018).

CALVO COSTA, Carlos A. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

- CAPALBO, Sofía, “El agua como un derecho humano y el rol del Estado”, en CAPALDO, Griselda (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua-Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011.
- CHIOMENTI, Cristina, “Corporations and the International Criminal Court”, en DE SCHUTTER, Olivier. *Transnational Corporations and Human Rights*. Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.
- DE SCHUTTER, Olivier, “The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, en DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.
- ECHAIDE, Javier, “Agua como bien común desde una perspectiva crítica del Análisis Económico del Derecho”, disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/319>>, *Revista Electrónica del Inst. Gioja*, núm. 18, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2017.
- ECHAIDE, Javier “Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs. derechos humanos?”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 15 (31), 2017. Disponible en: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/19727>> (consultado en septiembre de 2018).
- ECHAIDE, Javier, *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones*, Buenos Aires, La Ley-Thompson Reuters, 2018.
- GARIBIAN, Sévane & PUPPO, Alberto, “Acerca de la existencia del ius cogens internacional: Una perspectiva analítica y positivista”, en *Isonomía*, núm. 36, México, abr. 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182012000100001> (consultado en septiembre de 2018).

- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan, “Un nuevo derecho corporativo transnacional. El carácter feudal de los ordenamientos jurídicos globales”, en CAPALDO, Griselda (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua-Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, ONU, 2005. Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/CD%20Anuario%202007/Dip/CDI/CDI%20ACN%204L%20682.pdf> (consultado en septiembre 2018).
- MARCHINI, Jorge; MORALES, Josefina & ROFFINELLI, Gabriela, “Conflicts between Latin American Countries and Transnational Corporations: The challenges of the region in the face of asymmetrical investment treaties”, 2018. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/conflicts-between-latin-american-countries-and-transnational-corporations-the-challenges-of-the-region-in-the-face-of-asymmetrical-investment-treaties-jorge-marchini-josefina-morales-gabriela-roffinel/?utm_source=Investment+Treaty+News&utm_campaign=7a4aed-96de-EMAIL_CAMPAIGN_2018_04_24_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_ce99ed-b66e-7a4aed96de-225625949> (consultado en septiembre 2018).
- SUDA, Ryan, “The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization”, en DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.
- TÓFALO, Inés, “Overt and Hidden Accomplices: Transnational Corporations’ Range of Complicity for Human Rights Violations”, en DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.

- VARGAS, Claret, “¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos? Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza”, en RODRÍGUEZ GRAVITO, César, *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2018.
- VÍTOLO, Daniel R. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018.
- ZELADA, Carlos, “Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos”, en Revista *Agenda Internacional*, año VIII, W 17, 2002. Disponible en: <file:///C:/Users/jecha/Desktop/ius%20cogens%20y%20derechos%20humanos.pdf> (consultado en septiembre de 2018).