

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

Javier ECHAIDE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El funcionamiento del régimen de protección de inversiones en el CIADI y otros foros*. III. *Demandas sensibles a los derechos humanos: el sector del agua potable y saneamiento y el caso argentino*. IV. *Reacciones y propuestas alternativas*. V. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional público es un derecho que se encuentra fragmentado, y este fenómeno, lejos de minimizarse, se ha ido incrementando en las últimas décadas. Las ramificaciones que este derecho progresivamente ha ido adquiriendo se generan a riesgo de perder un diálogo de fuentes entre las normas que se crean, lo cual puede resultar en casos de contradicción normativa. A partir de la década de 1990 hemos visto como dichas ramificaciones han alcanzado un peso cada vez mayor y como han empezado a solapar otras áreas del derecho, incluso aquellas que se entienden fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto, como son los derechos humanos.

Los derechos humanos no son tan solo un mero conjunto de normas formales. Son, como dijera el jurista argentino Carlos Nino, “el mejor invento del siglo XX”,¹ y producto de la experiencia aberrante de la Segunda Guerra Mundial. Más allá de su concepción formal, los derechos humanos

* Doctor en Derecho y Abogado (UBA). Docente universitario (UBA, UNLZ, UADE). Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Gioja”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Ex Vicepresidente de la Comisión de Auditoría Integral de Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la Rep. de Ecuador. jechaide@hotmail.com / javierechaide@derecho.uba.ar.

¹ Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; citado en Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su

deben ser considerados como un *principio hermenéutico*, esto es, no sólo como normas fundamentales y piedra angular del derecho internacional surgido de la segunda posguerra, sino como herramienta de interpretación del Estado de derecho en virtud de una gobernabilidad democrática. En consecuencia, son además un faro en cuya luz han de entenderse las demás normas jurídicas. No son solamente una obligación jurídica en sí misma: son una especie de “*deber ser* del deber ser” kelseniano.

Resulta falaz el argumento en virtud del cual los recientes Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) —que en una forma genérica denominaremos aquí como Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)— promueven el desarrollo aunque impacten negativamente en los derechos humanos, puesto que dichos derechos son también una fuerte herramienta de promoción del desarrollo y el bienestar de los pueblos. El desarrollo visto desde una simple acumulación económica y no como una mejora integral de derechos no traerá nada nuevo: la acumulación de riquezas con aumento de la desigualdad social y degradación del bienestar social ha sido una constante, al menos en América Latina.²

Democracia, desarrollo, equidad, bienestar y sustentabilidad, no son meras condiciones formales para la selección de gobiernos, ecuaciones matemáticas o palabras atractivas para alcanzar consensos; sino valores y objetivos que nos muestran hacia dónde debemos ir y cómo hacerlo.

A esto se suma que existe hoy una pluralidad de sujetos que impulsan la actual globalización: el Estado ya no es el único sujeto de las relaciones económicas internacionales, sino que interactúa con empresas transnacionales y

protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 40, 2004, pp. 25-86.

² Durante los años noventa América Latina vivió un nivel de crecimiento económico aparejado de una concentración de riqueza de fuerte magnitud. Según el Banco Mundial, en casi toda la región aumentó la desigualdad durante dichos años. En este sentido, durante la década del 2000 y tras una profunda crisis cuyo epicentro fue la crisis argentina (2001-2003), la región experimentó un mayor crecimiento con tasas de mayor redistribución pero sin que ello se viera acompañado de una disminución en los niveles de pobreza. “¿Está empeorando la desigualdad? Durante la década pasada, surgieron diversos patrones con respecto a las diferencias de ingresos, según los cuales más países están experimentando una tendencia al empeoramiento más que al mejoramiento. A fin de cuentas, países relativamente equitativos experimentaron cierto empeoramiento como, por ejemplo, el significativo deterioro sufrido por Argentina antes y durante su crisis económica. En el otro extremo de la escala, Brasil, históricamente el país más desigual de la región, experimentó una reducción moderada pero significativa respecto a la brecha en los ingresos... [E]n el largo plazo, el hecho más notable es la persistencia del alto nivel de desigualdad a pesar de que hubo diferentes regímenes económicos y políticos”. Ferranti, David *et al.*, *Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿ruptura con la historia?*, resumen ejecutivo, Washington, Banco Mundial, 2003, p. 4, disponible en: <https://web.archive.org/web/20150513051041/http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/INEQU-13.PDF>.

con organismos internacionales que participan del diseño de la arquitectura global. Esa pluralidad subjetiva complejiza el proceso de globalización, pues implica la existencia de intereses que pueden ser coincidentes, distintos o incluso divergentes. Dado que los AII son un fuerte instrumento de dicha globalización, reflejan los intereses en juego y las disposiciones que se tuvieron en mira para proteger dichos intereses. Un desbalance entre derechos y obligaciones por parte de estos sujetos intervinientes no logrará las promesas sino lo contrario: profundizará la inestabilidad económica y social.

En este texto nos concentraremos en los impactos que el derecho económico internacional (en adelante DEI) ha tenido sobre los derechos humanos como piedra angular para un sistema internacional equitativo y democrático. Describiremos algunas problemáticas sobresalientes del régimen de protección de inversiones para evaluar su impacto sobre el funcionamiento democrático y los derechos humanos, así como algunas reacciones que ello ha suscitado y posibles propuestas alternativas para considerar.

II. EL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EN EL CIADI Y OTROS FOROS

Hace diez años, en noviembre de 2005 en la ciudad argentina de Mar del Plata, fracasaba uno de los proyectos más ambiciosos del libre comercio: el ALCA, tratado de libre comercio que pretendía inaugurar una zona de libre intercambio de bienes, servicios y capitales en todo el continente americano. Impulsado por EE.UU., estaba siendo negociado desde 1994 (año de la entrada en vigor del TLCAN) entre todos los países del continente excepto Cuba. Uno de sus capítulos más importantes era el Capítulo XVII sobre *Inversiones*, que contenía un sistema de solución de diferencias inversor-Estado (en adelante ISDS, por sus siglas en inglés)³ que permitiría a los inversionistas extranjeros poder demandar internacionalmente a los Estados anfitriones ante cualquier violación que el inversor sintiera sobre la protección de su capital.

Los TLC suelen contener capítulos de inversiones que poseen las mismas cláusulas que los TBI, incluyendo el trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, la protección y seguridad plenas, el trato justo y equitativo, la prohibición de expropiaciones/nacionalizaciones en forma directa o indirecta, y por supuesto el ISDS. Esto hace que los TLC contengan “TBI”

³ *Investor-State Dispute Settlement* en inglés.

como capítulos de inversiones. El TLCAN o los borradores del ALCA son un ejemplo de ello.⁴

Los capítulos de inversiones de los TLC y los TBI presentan serios problemas en cuanto a una relación balanceada entre los derechos y los deberes de sus principales beneficiarios, así como en lo que respecta a una gobernabilidad democrática y un orden internacional democrático y equitativo. Ofrecen garantías a los inversionistas privados en detrimento de la regulación pública, sin que vayan aparejadas de obligaciones que sirvan de contrapesos o de controles que puedan ejercerse por parte de la ciudadanía a fin de evitar abusos. Ello desnivela la relación entre lo público y lo privado en favor de lo último, algo que en el plano internacional se traduce en una reducción del poder de los Estados como actores centrales de las relaciones internacionales. Los mecanismos democráticos clásicos para controlar a los gobiernos quedan desplazados ya que son insuficientes para controlar al sector privado: los pueblos no gozan de los beneficios y derechos que poseen los accionistas o inversores. En cambio, otorgan un conjunto de herramientas a la medida de las necesidades empresariales y en desmedro de sectores vulnerables de la población a los que las promesas de empleo que les suponen estos acuerdos resultan insuficientes frente a la pérdida de derechos, la afectación de los presupuestos públicos, la degradación del medio ambiente, etcétera. Dicha situación genera la necesidad de una revisión a conciencia de este tipo de acuerdos para poder reestablecer el equilibrio roto por los mismos.

Para ello, es útil entender el concepto de los derechos humanos como un principio hermenéutico y no solamente como normas formales, incluso fundamentales para el sistema jurídico nacional e internacional. Son una herramienta de interpretación del Estado de derecho, a fin de lograr una gobernabilidad democrática, y fijan un estándar deseable y exigible, tanto para los Estados como para todos los miembros de la comunidad nacional e

⁴ El capítulo XVII del tercer y último Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) posee las mismas cláusulas que aquellas utilizadas en los TBI. El artículo 1 posee nueve definiciones de inversión y seis de inversionista, muchas de ellas equiparables o incluso las mismas que en los TBI. También incluye cláusulas como el trato nacional (artículo 4), trato de la nación más favorecida (artículo 5), impedimento de aplicación extraterritorial de leyes (artículo 8), trato justo y equitativo (artículo 9), prohibición de requisitos de desempeño (artículo 10), prohibición de requisitos de nacionalidad para altos ejecutivos (artículo 11), libre transferencia de capitales (artículo 12), prohibición de expropiación (artículo 13) tanto directa como indirecta, compensación por pérdidas en casos de revueltas, motines, conmociones internas, etcétera (artículo 14), mecanismo de demandas inversor-Estado (artículo 24), elección de foro dentro de tribunales arbitrales (artículo 29) entre ellos el CIADI, las reglas UNCITRAL o tribunales ad hoc, y su correspondiente cláusula de prórroga de jurisdicción en favor de dichos tribunales (artículo 30). Todas estas cláusulas pueden hallarse en los TBI. Para mayor información: http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVII_s.asp.

internacional. Ello significa una adecuación de los comportamientos sociales a los parámetros más elementales de la comunidad internacional surgida de la segunda posguerra: los derechos humanos.

Sin embargo, los laudos de los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión y comercio desatienden estas cuestiones y en muchas ocasiones resuelven las controversias que se les plantean sin tener en cuenta las demás obligaciones que los Estados poseen dentro del derecho internacional y de sus normas más fundamentales. Los tribunales arbitrales actúan como si fueran un régimen jurídico autosuficiente y ajeno al derecho internacional, cuando en realidad no es así: el régimen internacional de protección de inversiones y los tratados internacionales de libre comercio forman parte del derecho internacional y deben responder a su sistema de fuentes y a sus reglas de jerarquía normativa.⁵ Y es esta “independencia *de facto*” del ISDS sobre comercio e inversiones el punto desde donde germinan los principales conflictos normativos que se están advirtiendo en un debate internacional en ascenso sobre estos temas.

Las críticas al régimen de protección de inversiones

El debate crítico sobre los AII no surge ya de grupos marginales sino de un número creciente de académicos, ONG y funcionarios internacionales. Estas observaciones han detectado que el funcionamiento de este régimen de protección de inversiones dificulta seriamente la promoción de un orden internacional democrático y equitativo. Diagnostican un déficit democrático creciente, no solamente en los mecanismos de transparencia y participación de estos acuerdos, sino también en sus efectos. El relator especial de Naciones Unidas, Alfred-Maurice de Zayas advirtió que

la solución de controversias entre inversores y Estados plantea un desafío particular para el orden democrático, en particular cuando los Gobiernos que han sido elegidos democráticamente para llevar a cabo determinadas políticas sociales son demandados por los inversores precisamente en razón de esas políticas democráticamente escogidas...

Si bien los tribunales internacionales pueden y deben declarar inadmisibles los casos improcedentes de abuso del derecho a presentar comunicaciones... o de abuso de procedimiento, los tribunales de solución de controversias entre

⁵ En diciembre de 2016 el laudo *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa*, Caso CIADI n° ARB/07/26, laudo de 8 diciembre de 2016, aclaró precisamente que el derecho de las inversiones se suscribe dentro del derecho internacional general, a *contrario sensu* de lo que solicitaban las demandantes.

inversores y Estados rara vez lo hacen y aceptan los litigios improcedentes y vejatorios que ocasionan enormes gastos a las partes, lo cual es especialmente perjudicial para los países en desarrollo.⁶

Esto es lo que ciertamente le ocurrió a Alemania en un caso que la transnacional sueca Vattenfall presentó contra el Estado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) alegando la Carta de Energía.⁷ En el caso, planteado en 2009, la empresa demandó una indemnización por 1,400 millones de euros (1,900 millones de USD) más intereses por las restricciones ambientales impuestas por el gobierno de Hamburgo sobre una de sus centrales eléctricas de carbón, luego de haber sido votadas por la población alemana. La demanda fue contra el Estado federal y se resolvió fuera de los tribunales después de que Alemania aceptara relajar su normativa ambiental, sin tener en cuenta el impacto negativo de la central eléctrica de la empresa sobre el río Elba. La empresa sueca presentó su reclamo ante el CIADI aludiendo que dichas decisiones gubernamentales resultaban “medidas similares a expropiaciones” y violaban el trato justo y equitativo. Casos como el de Vattenfall en Hamburgo muestran cómo las políticas democráticamente diseñadas y asumidas por los gobiernos pueden verse amenazadas por empresas, aun cuando sus pretensiones de lucro particulares afecten el interés público.

Las críticas que casos como estos han generado influyeron para que organismos como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, la UNCTAD o incluso el Banco Mundial realicen varios esfuerzos para mejorar los TBI y el ISDS. Menuda tarea, ya que actualmente se contabilizan más de 3,200 TBI en el mundo.⁸ Si bien el origen de estos acuerdos data de la década de 1950 —en la que se suscribió el primer TBI—, el salto se da en los años noventa con un total de 1,857 TBI firmados y 1,000 más para 2000.⁹ En ellos

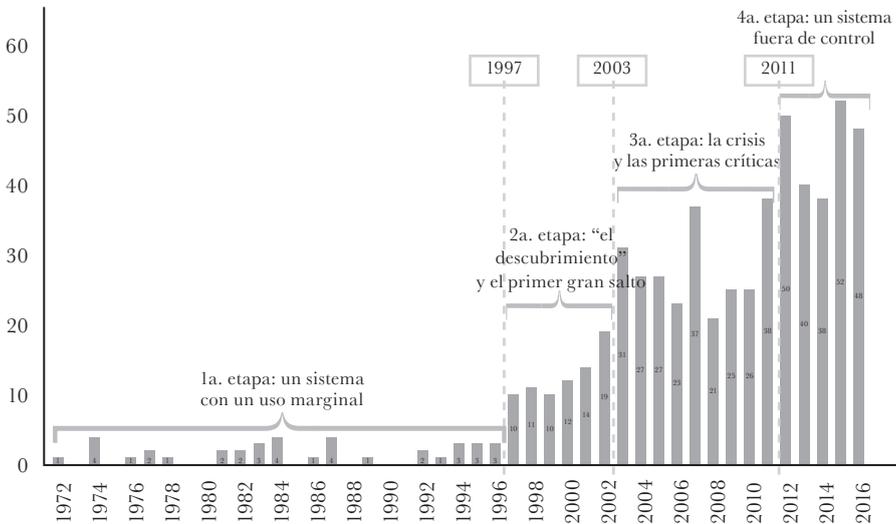
⁶ Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, A/HRC/30/44, 14 de julio de 2015, p. 13, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.iisd.org/itm/2015/11/26/un-independent-expert-alfred-de-zygas-recommends-abolishing-current-isds-regime//&Lang=S.

⁷ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Alemania*, Caso CIADI n° ARB/09/6, laudo de 11 marzo de 2011; el caso se resolvió de mutuo acuerdo en 2010; disponible en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita08_90.pdf; y *Vattenfall AB y otros v. Alemania* (Caso CIADI n° ARB/12/12); el caso se encuentra pendiente de resolución.

⁸ Información actualizada sobre el número de tratados disponible en: <http://investment-policyhub.unctad.org/IIA>.

⁹ Echaide, Javier, *El derecho humano al agua y los tratados de protección recíproca de inversiones*, tesis doctoral, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013; Ortiz, Ricardo, *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*, 2006, disponible en: <http://www.fidcl-berlin.de/fileadmin/fidcl/Publikationen/>

GRÁFICO 1. Número de casos registrados en el CIADI.¹⁰



se observan diversos foros internacionales o locales a donde el interesado puede presentar sus demandas, siendo en los hechos el CIADI —organismo perteneciente al Grupo del Banco Mundial— el más usado entre todos ellos, pero no el único: también pueden encontrarse demandas de este tipo bajo las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, en inglés), la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Londres, o la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Por ende, si bien muchas críticas se dirigen a organismos específicos —el CIADI por ejemplo— se trata más bien de un conjunto de reglas dentro de las cuales estos organismos están incluidos, pero que también los superan. El análisis, por ende, debe realizarse tanto sobre el ISDS como sobre el resto de las cláusulas que existen en los AII para evaluar posibles conflictos normativos.

La Argentina, los BITs y el CIADI: versión final corregida. pdf; UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo*, 2013, disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2013overview_es.pdf; Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *Cuando la injusticia es negocio*, CEO & TNI, 2012, disponible en: https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf; Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*

¹⁰ Cfr. CIADI, *Carga de casos del CIADI – Estadísticas* (edición 2017-1), Washington, 2017, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(Spanish\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(Spanish)%20Final.pdf).

En tanto el CIADI es el organismo más acudido por los inversionistas para demandar a los Estados, un análisis sobre estas demandas nos permite observar la evolución de este régimen de protección a nivel internacional.¹¹ Desde sus inicios en 1966, el CIADI fue un organismo muy poco utilizado (un promedio de 1,48 casos nuevos por año durante 25 años) hasta el año 1997, en que se produce la crisis conocida como la “Gripe Asiática” en los países del sudeste de dicho continente. A partir de allí se observa una segunda etapa en el funcionamiento del organismo, en la que se multiplica la cantidad de casos (12,66 casos nuevos de promedio por año). Con la crisis argentina de los años 2001-2003 se produce un nuevo salto en la cantidad de demandas, pero dirigidas más bien contra los Estados latinoamericanos, especialmente Argentina, precisamente por dicha crisis (se alcanza un promedio de 27,13 casos nuevos por año). En esta tercera etapa también se observan las primeras críticas en cuanto a la transparencia del organismo y de los tribunales actuantes. Desde el año 2011, momento que coincide con la crisis financiera de algunos *hedge funds* desde el 2008 y con la crisis del Euro en 2010, el ISDS aumenta nuevamente la cantidad de casos, superándose en tres ocasiones (en 2012, en 2015 y en 2016) el récord de demandas histórico en el CIADI: todos los años de este periodo oscilan entre 38 y 52 demandas nuevas por año, con un promedio de 44,3 casos nuevos anualmente.¹²

El motivo del incremento de este tipo de tratados y de demandas puede entenderse desde dos puntos de vista: el primero es a partir de la entrada de un nuevo actor en las relaciones internacionales, como son las empresas transnacionales (en adelante, ETN), principales beneficiarias de la protección de sus inversiones por este régimen jurídico. El segundo punto de vista, quizás más polémico, es que el ISDS es utilizado por las ETN no como remedio frente a situaciones excepcionales que resultan injustas, sino como mecanismo normal de salida de sus capitales ante las crisis, o también para impedir la aplicación de determinadas políticas públicas sin importar si éstas benefician al resto de la sociedad. Los incrementos de los casos se observan cada vez que se produce una crisis económica de gravedad, algo que se evidencia en los casos de Argentina (2001-2005), Venezuela (2013), Grecia (2013-2014) y España (2013 y 2015). En este sentido, los años noventa marcaron un punto de inflexión con la expansión de este régimen legal de protección mediante la proliferación de TLC y TBI.

En una gran mayoría de los casos, los árbitros que resuelven sobre estas demandas provienen de Europa Occidental (47%) o de América del Norte

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

(21%), dejando al resto (32%) dividido entre las demás regiones del mundo.¹³ Ello configura una concentración en cabeza de árbitros provenientes de los países desarrollados del norte occidental, que resulta todavía más alta cuando se corrobora que el 55% de las demandas fueron resueltas por alguna combinación de tan solo 15 árbitros,¹⁴ como se observa en el Gráfico 2. También se han comprobado algunos casos de conflicto de intereses entre los árbitros que resuelven los casos y las empresas reclamantes, o situaciones de rotación de roles de personas. Por ejemplo, existen casos donde la misma persona cumple el papel de abogado defensor de una corporación reclamante en un caso y luego es nombrado por esa misma empresa como árbitro en otro caso.¹⁵ Además, existen casos donde alguien que ha ocupado un rol dentro del sistema también colabora con revistas y publicaciones especializadas,¹⁶

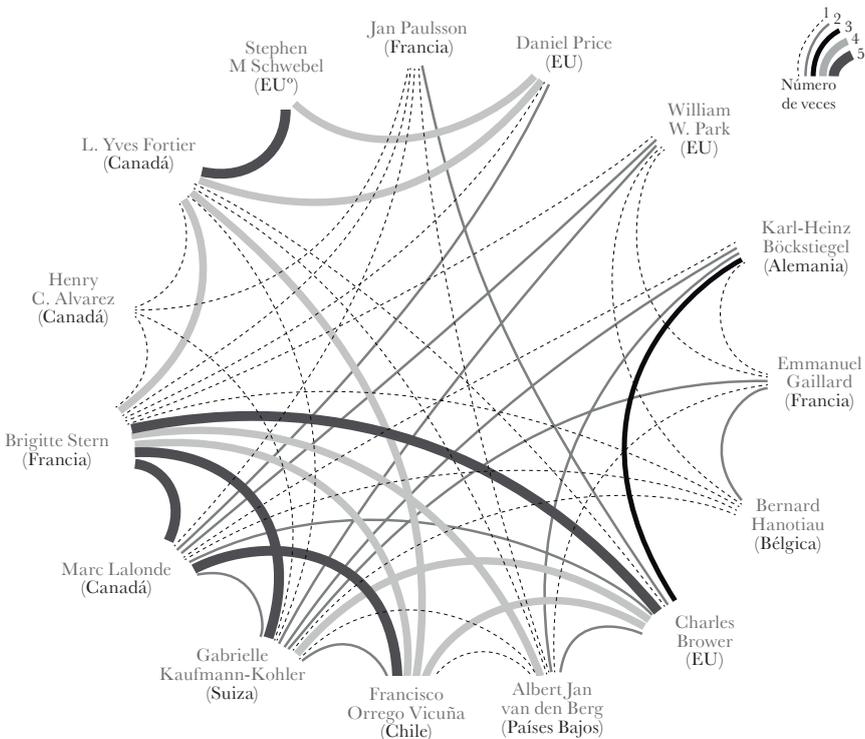
¹³ Los árbitros son elegidos por las partes, uno por parte de la demandante, otro por la demandada y el tercero de común acuerdo, quien oficiará como presidente del tribunal. Ante la falta de acuerdo, es designado por el Secretario del CIADI. Ello no implica un favoritismo del árbitro respecto de la parte que lo eligió. *Cfr.* CIADI, *Carga de casos del CIADI – Estadísticas...*, *cit.*

¹⁴ Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *op. cit.*, p. 38. Al año de publicación de su informe, las investigadoras verificaron que 247 casos habían sido resueltos por alguna combinación de 15 árbitros. De entre las demandas con reclamos de al menos 100 millones de USD, estos 15 árbitros resolvieron el 64% (79 casos). Y de las 16 demandas más caras, esto es de al menos 4,000 millones de USD o más, estos árbitros resolvieron el 75% (12 casos). En conclusión, no solo han concentrado la mayor cantidad de demandas sino además se han dedicado a resolver las demandas de mayor importe en el ISDS.

¹⁵ Stanimir Alexandrov, socio del bufete Sidley Austin que fue nombrado como árbitro por la empresa británica ICS Inspection and Control Services Ltd. en una demanda contra Argentina con base al TBI Argentina-Reino Unido, había representado a la multinacional Vivendi en una demanda anterior también contra Argentina. Por esta relación (de carácter indirecto), Alexandrov fue descalificado.

¹⁶ El caso de Daniel Price es quizás uno de los más notorios en el intercambio de roles dentro del sistema de arbitraje de inversiones. Él ha sido consejero general adjunto de la Oficina del Representante de Comercio de los EE.UU. y como tal negoció el TBI EE.UU.-Rusia. Cuando la empresa británica Yukos Oil Company (Yukos Universal) demandó a Rusia (Caso de la Corte Permanente de Arbitraje, que se disputó bajo reglas UNCITRAL), nombró a Price como árbitro. Price también negoció el capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, en inglés) entre 1992 y 1994. Entre 2002 y 2006 representó como abogado a la compañía de seguros Allianz en una demanda contra México utilizando dicho tratado. Antes de 1992 estuvo al frente del bufete Sidley Austin, al que regresó en 2009 luego de pasar nuevamente por la administración pública estadounidense como asesor económico senior del presidente George W. Bush, y se quedó hasta 2011. De este modo, Price ha alternado su rol como abogado de empresas, árbitro y negociador de TBI durante los últimos 20 años de su carrera. Otro caso notable de conflictos de intereses fue el de Gabrielle Kaufmann-Kohler en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/19). Allí Argentina interpuso dos pedidos de recusación contra la árbitro suiza por sus vínculos con la empresa UBS, accionista de la demandante

GRÁFICO 2. Frecuencia de los árbitros de élite sentados lado a lado como coárbitros.¹⁷



por lo que los cuestionamientos a estas prácticas corren el riesgo de no ser tomados en cuenta.¹⁸

En este contexto, no resulta extraño corroborar que —al menos dentro del CIADI, el centro más utilizado en el mundo en materia de inversiones— el

Suez que, justamente, la había nombrado como árbitro en el pleito. A pesar de ello, sus pares Jeswald W. Salacuse y Pedro Nikken no vieron motivo de conflicto y desestimaron la recusación, a pesar de que parte de sus ingresos como miembro del directorio de UBS dependían de los incrementos económicos de sus empresas controladas —entre ellas Suez, sobre la que tenía poder directo para laudar en su favor en el caso contra Argentina.

¹⁷ Cf. Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *op. cit.*, p. 42.

¹⁸ Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *op. cit.*, p. 46. Las palabras del árbitro norteamericano Charles Brower son representativas de ese sesgo ultraconservador del ISDS: “Mi planteamiento es que toda propuesta que altere alguno de los elementos fundamentales del arbitraje internacional constituye una afrenta intolerable contra la institución misma... Y a la inversa, toda propuesta que no ataque estos elementos fundamentales, sino que esté concebida para potenciarlos, se debería estudiar cuidadosamente y podría llegar a considerarse que representa una mejora para el proceso”; disponible en: <https://corporateeurope.org/es/trade/2013/03/cap-tulo-4-qui-n-vigila-los-guardianes-los-conflictos-de-inter-de-los-árbitros-de>.

45% de los laudos arbitrales son a favor total o parcialmente de las reclamaciones presentadas, mientras que el 29% no les da lugar, el 25% declina la jurisdicción del tribunal para atender el caso y solo un marginal 1% rechaza las presentaciones por carecer manifiestamente de mérito jurídico.¹⁹ Si se toma la etapa de mérito —es decir las demandas en las que se llega a discutir el fondo del asunto— el 61% de los reclamos resueltos por los tribunales alcanzan un laudo favorable a las empresas, mientras que el restante 39% son demandas que se desestiman. En otras palabras, si una demanda logra pasar la etapa de jurisdicción (lo cual ocurre 3/4 de las veces) hay un 61% de posibilidades de que la empresa demandante gane el pleito. Tal situación ha generado críticas incluso desde ciertos sectores internos del sistema. El ex Secretario del CIADI Nassib Ziadé expresó su preocupación relacionada con que árbitros de países desarrollados (en el 64% de los casos), con sus reglas y con los criterios de sus sistemas jurídicos específicos —especialmente el *common law*—, manejen el 82% de las reclamaciones que son pertenecientes a países en vías de desarrollo con sistemas jurídicos diferentes.²⁰

El mecanismo además no permite la apelación de los laudos arbitrales y los recursos de nulidad se otorgan de forma muy restrictiva a pesar de la amplitud que los árbitros suelen tener al momento de interpretar estos tratados.

En resumen, estas características sistémicas operan en sentido de pretender eliminar el riesgo empresarial,²¹ que es propio de cualquier emprendimiento comercial y que justifica la obtención de un lucro,²² así como

¹⁹ CIADI, *Carga de casos del CIADI – Estadísticas...*, cit.

²⁰ Ziadé, Nassib, *Is ICSID heading in the wrong direction?*, 2015, disponible en: <http://www.bilaterals.org/?is-icsid-heading-in-the-wrong&lang=es>.

²¹ Echaide, Javier, “Aspectos jurídicos del ALCA y del sistema multilateral de comercio”, en Gambina, Julio (ed.), *Moloch Siglo XXI*, Buenos Aires, Centro Cultural de la Cooperación, 2005, p. 183; Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

²² Según De Zayas: “...Por su propia naturaleza, esas actividades entrañan asumir el riesgo que justifica una expectativa de lucro. Pero ¿puede haber una garantía de que un inversor que especula o un banco que ofrece préstamos sin suficiente patrimonio siempre va a obtener una ganancia? No, porque a veces los inversores ganan y a veces pierden. Lo que es anormal es que un inversionista exija una garantía de lucro, cree un sistema paralelo extrajudicial de solución de controversias, que a menudo no es independiente o transparente, que no rinde cuentas de sus actos, o incluso que no permita las apelaciones, y que procure usurpar la función del Estado y se inmiscuya en la tarea del Estado de reglamentar cuestiones fiscales y presupuestarias en el interés público. Los últimos 25 años han dado numerosos ejemplos de violaciones de derechos por los inversionistas y sentencias arbitrales sin escrúpulos que no solo han dado lugar a violaciones de los derechos humanos, sino que han generado una «parálisis normativa» o incluso una «congelación», impidiendo a los Estados adoptar reglamentos sobre la eliminación de los desechos o el control del tabaco por temor a ser demandados ante los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados que protegen a los especuladores que hacen

generar un efecto de enfriamiento (*chilling effect*)²³ de las políticas públicas en la regulación de sectores donde estas empresas actúan. Ello puede obstaculizar el desarrollo de un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina y el Caribe.

III. DEMANDAS SENSIBLES A LOS DERECHOS HUMANOS: EL SECTOR DEL AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO Y EL CASO ARGENTINO

Se ha observado un incremento preocupante de casos que afectan los derechos humanos provenientes de este DEI centrado en los AII. Temas sensibles como los derechos a la salud,²⁴ a una vida digna,²⁵ a derechos laborales,²⁶ el derecho a la autodeterminación,²⁷ etcétera, se ven cada vez más frecuentemente en los foros del ISDS. Quizás uno de los más claros casos de conflicto normativo y de asimetría jurídica se da en el sector del agua potable y el saneamiento.

La Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de Naciones Unidas ha dictado en su Observación General núm. 15 que el derecho humano al agua

inversiones de riesgo y privan a los Estados de su espacio normativo, imponiendo en su lugar «medidas de austeridad» en los servicios sociales». Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

²³ Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Informe CEPAL, Santiago de Chile, 2010, disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/S2010545_es.pdf?sessionid=C5AB8BDF5635D69022FE34680DFF3E0C?sequence=1.

²⁴ *Ethyl Corporation v. Canadá* (reglas UNCITRAL, tribunal *ad hoc* en el TLCAN). *Philip Morris v. Australia* (Caso CPA con reglas UNCITRAL, n° 2012-12) y *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, Caso CIADI n° ARB/10/7, laudo de 8 julio de 2016. Ambos casos se refieren a la prohibición por parte de las autoridades gubernamentales de aplicar legislación local de lucha contra el tabaquismo. Recientemente el tribunal del CIADI emitió el laudo final correspondiente a la demanda contra Uruguay, desestimando el reclamo de la empresa tabacalera por 25 millones de USD y obligándole a reintegrarle al Estado uruguayo 7 millones de USD como parte de los gastos de defensa devengados en el proceso; laudo disponible en: <https://www.italaw.com/cases/460>.

²⁵ *Eli Lilly and Company v. Canadá* (UNCITRAL, Caso n° UNCT/14/2); caso que se refiere al acceso a medicamentos genéricos cuya comercialización es impedida por la protección a las patentes de empresas farmacéuticas.

²⁶ *Veolia Propreté v. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/12/15); caso en que la empresa reclamó pérdida de beneficios como consecuencia del aumento del salario mínimo.

²⁷ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Alemania* (Caso CIADI n° ARB/09/6), y *Vattenfall AB y otros v. Alemania* (Caso CIADI n° ARB/12/12) ya referidos.

es esencial para el cumplimiento de otros derechos humanos.²⁸ Ello sin considerar al derecho al agua como un derecho humano en sí mismo, algo que logró reconocerse ocho años después de dicha Observación, en 2010, con la Resolución de la Asamblea General de la ONU núm. 64/292.²⁹ El preámbulo de dicha resolución reconoce:

la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas como componente esencial del disfrute de todos los derechos humanos. Reafirmando la responsabilidad de los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención.

En tal sentido, en el punto 1 de su parte resolutoria, “reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

La violación, por ende, del derecho humano al agua potable y saneamiento implica una violación de los restantes derechos humanos así como un caso de responsabilidad internacional del Estado.³⁰

Argentina aporta una prolífica cantidad de casos de estudio dentro del CIADI, dado que se trata del Estado más demandado del mundo dentro del organismo.³¹ Asimismo, es de especial interés su estudio en materia de demandas sobre el sector de agua potable y saneamiento, ya que de los once reclamos presentados ante el CIADI en relación con este tema, Argentina

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 64/292, El derecho humano al agua y el saneamiento*, A/RES/64/292, 3 de agosto de 2010.

³⁰ *Idem.*

³¹ Argentina ha sido demandada dentro del CIADI en 56 ocasiones. Muchas de estas demandas han sido discontinuadas por desinterés de la parte demandante (eventualmente debido a arribarse a un acuerdo fuera del organismo) o porque se llegó a un acuerdo con la parte demandada dentro del CIADI. A fines del año 2015, los 5 países más demandados en el CIADI son: Argentina (56 casos), Venezuela (36), Rep. Checa (27), Egipto (23) y Canadá (23). Les siguen: Ecuador (22), México (21), España (19), Polonia (16), Kazajstán (16), Estados Unidos (15), Ucrania (14), India (14), Hungría (13), Eslovaquia (12), Bolivia (11), Turquía (11), Rumania (11), Rusia (9), Costa Rica (9) y Perú (9), para completar los 21 países más demandados en el mundo dentro del CIADI en materia de inversiones. El país más demandado en el 2015 ha sido España, con 10 demandas nuevas registradas solo ese año; véase CIADI, *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas* (Edición 2015-2), Washington, 2015, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources//ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources//ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf).

ha sido demandada en nueve oportunidades.³² Un argumento sostenido a lo largo del tiempo por distintos sectores que justificaron la firma de 58 TBI por parte del Estado argentino se apoya en que estos acuerdos internacionales aportan la “seguridad jurídica” suficiente y necesaria para la atracción de las inversiones extranjeras. En el Gráfico 3 se observa, incluso tomando los datos más conservadores provenientes del Banco Mundial, cómo el ingreso de capitales se ha mantenido estable durante los últimos 24 años, con la firma de TBI o sin ellos. La única excepción se da en el año 1999, producto de la privatización de la empresa petrolera estatal YPF, que pasó a manos de la española Repsol, lo cual significó una entrada muy importante de dólares para dicha operación sin que ello evidenciara un plan de inversiones a mediano o largo plazo.

Los TBI no garantizaron mayores inversiones ni mayor desarrollo, como se sostiene en sus preámbulos. En cambio, de ellos se derivaron varias demandas contra Estados, permitiendo que las empresas demandantes pudieran acudir a tribunales internacionales directamente para el planteo de sus reclamos. De este modo, Argentina dejó de aplicar la denominada Cláusula Calvo, por la cual se establecía la condición de recurrir primero a los tribunales locales antes de acudir a instancias internacionales como el arbitraje.

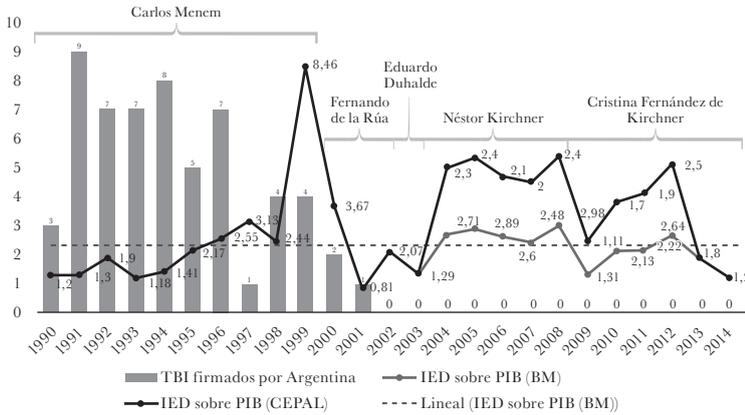
En el caso argentino, casi el 20% de las demandas se refieren al sector de agua potable y saneamiento. En 2013, el monto de dichas demandas —de aproximadamente unos 1,680 millones de USD— excedía el presupuesto anual nacional del sector, de 1,410 millones de USD. El impacto de los reclamos particulares sobre las cuentas públicas para el mantenimiento de un sector tan sensible como el de agua potable y saneamiento implicaba comprometer la prestación del servicio para la población argentina por todo un año.

En abril de 2015 se emitió el laudo *Suez y otros v. Argentina* por el caso de Aguas Argentinas S.A. (Caso CIADI n° ARB/03/19). Previamente a la emisión del laudo de fondo, la empresa había sostenido que “«la importancia

³² *Aguas del Tunari v. Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/02/3) y *Biwater Gauff v. Tanzania* (Caso CIADI n° ARB/05/22) fueron los dos casos ajenos a la Argentina. Los demás fueron *Compañía Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Interagua Servicios Integrales de Agua v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/18); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/19); *Azurix v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/12); *Azurix (Azurix Mendoza) v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/30); *SAUR International v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/4); *Impregilo v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/17); *Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/26).

GRÁFICO 3. Tratados bilaterales de inversión e inversión extranjera directa en Argentina.

Fuente: Elaboración propia en base a UNCTAD (2012), CEPAL (2012) y Bco. Mundial (2015).



Javier Echaide (UBA), "El derecho de inversiones y comercio internacional y la democracia global: Sus implicancias para el ICCAL". Seminario Anual del Max Planck Institute, Heidelberg (Alemania), 4 y 5 diciembre 2015.

pública e institucional» del caso no existe” (*sic*),³³ aun cuando se trataba del servicio de agua potable de los tres distritos³⁴ de mayor población del país con un total aproximado de 17 millones de personas afectadas (casi la mitad de la población argentina en ese momento). El tribunal del CIADI debió admitir que el caso involucraba “potencialmente cuestiones de interés público”,³⁵ y que era un servicio público básico para millones de personas que “podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a los derechos humanos”.³⁶ No obstante ello, el tribunal no manifestó una sola palabra respecto de los derechos humanos como consideración al momento de resolver, ni en el laudo sobre responsabilidad emitido en 2010 ni en el

³³ CIADI, *Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de Amicus Curiae*, 19 de mayo de 2005, párr. 18, disponible en: https://www.escri-net.org/sites/default/files/ICSIDAmicus_17jun05_Espanol_0.pdf.

³⁴ El caso de Aguas Argentinas, reclamado por el consorcio liderado por Suez y conformado además por Aguas de Barcelona, Vivendi Universal y Anglian Water Group, también había ganado las concesiones para la provisión de agua potable de las provincias de Santa Fe y Córdoba.

³⁵ CIADI, *Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de Amicus Curiae*, *cit.*, párr. 3.

³⁶ *Ibidem*, párr. 19.

laudo indemnizatorio dictado nada menos que cinco años después por la suma de 405 millones de USD.

El reclamo de la empresa se basó en la violación del trato justo y equitativo (se desestimaron los puntos por reclamos de medidas expropiatorias y denegación de justicia). La base del reclamo recayó en que la devaluación del peso en 2002 —en plena crisis económica y política post-2001— alteró las estimaciones de las empresas privadas prestatarias de servicios públicos, dado que sus tarifas se cobraban en pesos pero estaban fijadas a valor dólar estadounidense. Según el laudo final, Argentina tendría que haber respetado la tarifa a valor dólar aun en un contexto de crisis económica y social como la vivida en 2001-2003, y dicha tarifa debería haberse mantenido dolarizada y ajustada a valor inflación (que por ese momento rondaba en un 41% anual), y mantenida durante todo el transcurso de la concesión, es decir hasta el año 2023.

El valor promedio del agua en Argentina en 2004 era de 0,48 USD por m³, lo que lleva a un monto total de 5,76 USD al año por m³ de agua. Si nuestros cálculos son correctos, para el tribunal la tarifa anual proyectada por tasa de inflación en 21 años debería haber sido de 7.834,73 USD. A esto se le suma la condición que el tribunal fijó, de que debía haberse realizado un ajuste tarifario del 18,2% nominal (13,2% anual), además de un préstamo a la empresa sin intereses y por un año a fin de sanear sus cuentas, afectadas por la crisis.³⁷

Basándose en su decisión sobre responsabilidad en contra de la Argentina, el tribunal decidió establecer su cálculo indemnizatorio no sobre la inversión efectivamente realizada sino sobre el flujo de caja que AASA tenía y “el que esperaban las partes en la Concesión para compensar a las Demandantes por las sustanciales inversiones que habían realizado en los sistemas de agua y alcantarillado de Buenos Aires... para otorgarles una rentabilidad razonable”.³⁸ Así, el tribunal proyectó lo que consideró un “escenario probable” del porvenir de la empresa en la Argentina desde el 2015 al 2023 (incluso aventurándose a fijar la inflación argentina, el crecimiento poblacional y las condiciones macroeconómicas no durante el próximo semestre sino durante los próximos 8 años) para fijar los criterios que el Estado debería haber seguido para no violar los TBI.³⁹

³⁷ Véase *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, Caso CIADI n° ARB/03/19, laudo de 9 abril de 2015, párrs. 46-48.

³⁸ *Ibidem*, párr. 29.

³⁹ *Ibidem*, párrs. 30 y 31.

La población de Buenos Aires paga cerca de medio centavo de peso por cada litro de agua.⁴⁰ Si trasladamos el criterio del tribunal del CIADI a la aplicación tarifaria en pesos por litro, el agua en Buenos Aires debería costar 30 pesos por litro (2 USD aproximadamente),⁴¹ lo cual es unas 6,300 veces más. Para ponerlo en una perspectiva tangible: el tribunal del CIADI entendió que en Argentina una ducha de agua de 10 minutos debería costar 2,500 pesos (163.50 USD aproximadamente). Para el tribunal, si cada argentino hubiera pagado esos montos por 21 años (el tiempo restante entre la fecha de violación del TBI y la finalización del contrato de concesión), Argentina no hubiese violado el trato justo y equitativo del TBI con Francia o con España.

Si los criterios cuantitativos para fijar el respeto de los TBI se basan en las ganancias de la empresa provenientes de las tarifas, y dichas tarifas se fijan a un valor de 30 pesos (2 USD) por litro de agua consumido, resulta complejo no relacionar estos datos con una restricción real al goce del derecho humano al agua potable, máxime en los casos de personas que viven por debajo de la línea de pobreza, es decir con menos de 1 USD por día, y más aún en un contexto como el de la crisis de 2001-2003.⁴²

Casos como este evidencian cómo la fragmentación del derecho internacional permite una contradicción normativa y la disyuntiva entre tomar medidas para resolver este tipo de coyunturas críticas para la población y violar los TBI en consecuencia, a riesgo de ser demandado ante el CIADI,

⁴⁰ Este cálculo está efectuado en forma previa a los aumentos tarifarios que la actual gestión del presidente Mauricio Macri ha realizado desde su asunción en diciembre 2015 al presente. A mediados del mes de mayo de 2016, el nuevo gobierno incrementó la tarifa del agua en un promedio del 297% alcanzando toques de hasta un 400%; véase Lewkowicz, Javier, “Con el agua al cuello por las nuevas tarifas”, *Página/12*, 17 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-299533-2016-05-17.html>.

⁴¹ Los cálculos están realizados en base a la fecha de entrega del presente capítulo (2016). Actualmente la relación peso argentino/dólar estadounidense se vio modificada por dos devaluaciones, la última de ellas a inicios de septiembre de 2018 que sumó una depreciación de la moneda argentina en un 40%, subiendo en casi 10 pesos la cotización de cada dólar. A ello se suma que según los cálculos estimados para la inflación acumulada en Argentina para el año 2018, esta cerrará en un 42%, con una tasa de interés del 65% y una caída del PIB del 2,4%. Para mayor información ver: <https://www.infobae.com/economia/2018/09/03/el-gobierno-espera-para-este-ano-una-inflacion-de-42-y-una-caida-del-pbi-de-24/>; y <http://www.perfil.com/noticias/economia/para-dujovne-la-inflacion-de-este-ano-sera-del-42-y-la-economia-caera-24.phtml>.

⁴² En 2002 en Argentina el 57,5% de la población —unas 21,6 millones de personas— se encontraba por debajo del umbral de pobreza; la inflación era del 41%; había un 23,6% de desocupación formal y una caída de salarios de un 23,7%; Ministerio de Economía de la Rep. Argentina, *La Economía Argentina en 2001 y su evolución reciente (Introducción)*, disponible en: <http://www.mecon.gov.ar/informe/informe40/introduccion.pdf>; Saxton, Jim, *La crisis económica argentina: causas y remedios*, Informe para el Congreso de los Estados Unidos de América, 2003, disponible en: <http://www.vekweb.com/days/crisis.htm>.

o bien respetar dichos acuerdos y negar en los hechos el derecho humano al agua para su propia población. Este tipo de casos causan un enfriamiento regulatorio (*chilling effect*),⁴³ por el cual los Estados muestran un comportamiento donde prefieren violar las regulaciones —incluso en materia de derechos humanos— antes que afectar los intereses de un inversionista, para evitar así una demanda en el ISDS.

IV. REACCIONES Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

Ante esta realidad, un número creciente de Estados han reaccionado impulsando iniciativas de diversa índole. Bolivia fue el primer país del mundo en retirarse del CIADI en 2007, y ha denunciado todos sus TBI. Le siguió Ecuador, que desde 2008 ha denunciado 10 de sus 30 TBI y que se retiró del CIADI a finales de 2009. En 2013 creó de forma independiente la Comisión de Auditoría Integral de Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (la CAITISA),⁴⁴ para evaluar sus TBI y determinar su compatibilidad o no con sus normas internas fundamentales, así como con sus demás obligaciones internacionales. Quien suscribe tuvo el honor de ser el Vicepresidente de tal comisión, conformada por prestigiosos profesionales a nivel internacional y tras un complejo análisis recomendamos la denuncia y revisión de los tratados firmados por Ecuador.⁴⁵ Dicho Estado también ha creado un Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales,⁴⁶ actualmente en funcionamiento. En la región, Venezuela fue el último país en retirarse del CIADI en 2012, pero aún no tomó medidas sobre sus TBI. Brasil no es miembro del CIADI, no ratificó tratados de inversión y el 2015 firmó TBI con cinco países, con modelos más equilibrados, aunque de todas maneras cuestionables,⁴⁷ pero

⁴³ Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, CEPAL, 2010, disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/S2010545_es.pdf;jsessionid=C5AB8BDF5635D69022FE34680DF3E0C?sequence=1.

⁴⁴ Véase <http://www.caitisa.org/>.

⁴⁵ CAITISA, *Informe Ejecutivo de la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador*, 2017, p. 99, disponible en: <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>.

⁴⁶ Véase <http://www.cancilleria.gob.ec/funcionamiento-de-observatorio-del-sur-sobre-inversiones-y-transnacionales-iniciara-el-9-de-julio/>.

⁴⁷ Arroyo Picard, Alberto y Ghiotto, Luciana, “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, vol. 26, núm. 52, pp. 39-45, disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/2727/3590>.

que aseguran una mayor regulación y que no permiten las demandas inversor-Estado. La Unasur, por su parte, se encuentra negociando un sistema de solución de diferencias regional sobre inversiones separado del CIADI.⁴⁸

Fuera de la región sudamericana, la Unión Europea emitió comunicaciones oficiales a sus Estados miembros declarando que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 las cuestiones sobre negociaciones de AII pasarían a ser materia comunitaria y no de los Estados, por lo que abrió un periodo para que éstos revisen la compatibilidad de sus TBI con las normas de la UE, algo que los Estados se resisten a realizar hasta el momento. Sudáfrica denunció en 2010 su TBI con Bélgica y Luxemburgo y en 2013 su TBI con Alemania. Realizó una revisión de su política de inversiones y anunció que no renovará sus TBI cuando éstos venzan. Australia, por recomendación de su Comisión de Productividad, ha reducido el uso de las cláusulas que permiten efectuar demandas internacionales inversionista-Estado. En 2011, el gobierno anunció que dejaría de incluir este tipo de cláusulas en sus acuerdos comerciales, aunque años más tarde prefirió realizar una evaluación caso por caso.⁴⁹

A principios de 2013, el Departamento de Política Industrial de la India llamó a una revisión de sus 82 TBI. El gobierno estaría considerando no incluir cláusulas sobre demandas inversor-Estado en futuros TLC. China limita el uso de TBI que contengan cláusulas de demandas inversor-Estado. Sus TBI vigentes no poseen esta cláusula, como tampoco la prórroga de jurisdicción en favor del CIADI.

En enero de 2014, Colombia manifestó su postura de excluir la posibilidad de demandas inversor-Estado de sus acuerdos comerciales. En abril de ese mismo año Indonesia anunció que no renovaría sus TBI cuando fueran venciendo.⁵⁰ Ya ha denunciado su TBI con Argentina, por ejemplo, el cual

⁴⁸ En abril de 2018, seis países se retiraron de la Unasur, entre ellos Argentina, con quejas de falta de funcionamiento adecuado y con un claro mensaje de quita de respaldo político al organismo regional por parte de los gobiernos de Mauricio Macri (Argentina) y Michel Temer (Brasil), acompañados por Chile, Perú, Colombia y Paraguay. Este hecho ha dividido los procesos de integración sudamericana entre los Estados que se mantienen dentro del organismo y los Estados salientes, dejando a la Unasur en un futuro incierto. Para mayor información ver: <https://cnnspanol.cnn.com/2018/04/21/el-principio-del-fin-de-unasur-6-paises-suspenden-su-participacion/>.

⁴⁹ Véase Kurtz, Jurgen, y Nottage, Luke, "Investment Treaty Arbitration «Down Under»: Policy and Politics in Australia", *ICSID Review*, vol. 30, núm. 2, 2015, pp. 465-480, en especial p. 479.

⁵⁰ Véase por ejemplo Baker McKenzie, *Withdrawal from Investment Treaties: An Omen for Waning Investor Protection in AP?*, 12 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/05/withdrawal-from-investment-treaties/>. También Hikmahanto, Juwana, "Indonesia should withdraw from the ICSID!", *The Jakarta Post*, 2 de abril de 2014, disponible en: <http://www.thejakartapost.com/news/2014/04/02/indonesia-should-withdraw-icsid.html>.

dejó de hallarse vigente en 2016. Polonia anunció una revisión similar en febrero de 2016.⁵¹

Se observa, así, un número creciente de países que han tomado distintas medidas en torno al ISDS inserto en los AII. Al mismo tiempo, organizaciones internacionales como la UNCTAD se encuentran analizando la formulación de propuestas para reformar el actual régimen de protección de inversiones, donde se recogen las preocupaciones generadas por los mecanismos del ISDS vigente; y centros de investigación de prestigio se suman a tratar estos temas con una mayor preocupación.

En el marco del debate internacional abierto en torno a los mecanismos de solución de diferencias en materia de inversiones individualizados en los TBI o que también forman parte de los tratados de libre comercio, es necesario considerar:

- 1) La adecuación del marco normativo existente —tanto en los TLC como en los TBI— respecto de las normas internacionales jerarquizadas como son el *ius cogens* internacional y las normas de carácter *erga omnes*, por ejemplo, las de derechos humanos.
- 2) La construcción de una coherencia normativa transversal que reduzca la asimetría normativa existente entre las normas del DEI y los derechos humanos, favorecida por la fragmentación del derecho internacional.
- 3) La incorporación (dentro de estos tratados o fuera de ellos) de mecanismos que apliquen un marco de responsabilidad no solo respecto al Estado sino también a los inversionistas.

1. *Asimetría jurídica*

Se observa una asimetría jurídica entre los derechos y las obligaciones requeridos en las normas del DEI. El derecho económico internacional orienta su observancia hacia los Estados cuando no son los únicos actores que participan dentro del escenario económico de un mundo globalizado. Resulta innegable el rol protagónico que el sector privado ha adquirido, sobre todo a partir de la década de 1990 y tras la implosión soviética. Ello le ha permitido adquirir derechos de los que anteriormente no gozaba a fin de tener ciertas garantías frente a operaciones económicas y financieras de alto riesgo. Sin

⁵¹ Véase al respecto Zarowna, Agnieszka, “Termination of BITs and Sunset Clauses – What Can Investors in Poland Expect?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 28 de febrero de 2017, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>.

embargo, esos derechos no han surgido con una contrapartida en cuanto a obligaciones de los mismos actores: las obligaciones han recaído únicamente en los Estados, los cuales han asumido todos los riesgos de verse responsabilizados por las medidas que pudieran tomar para una mejor regulación del capital transnacional, incluso en situaciones abusivas.

Esta asimetría jurídica a su vez se ve fomentada gracias a un proceso de fragmentación del derecho internacional cada vez más profundo. La falta de diálogo entre fuentes normativas favorece la posibilidad de contradicciones y la fragmentación que —a diferencia de lo que sería una especialización— provoca un aislamiento entre las normas del derecho que quiebra hasta las jerarquías más elementales, como ocurre con el llamado orden público internacional.

Una propuesta necesaria sería el adecuar las normas del DEI dentro del marco de los derechos humanos. Ello no equivale a simplemente incluir cláusulas de derechos humanos en los AII, sino a ubicar conceptualmente a las normas del DII por debajo del orden público internacional, de modo que este régimen se reconozca en cumplimiento de obligaciones *erga omnes* y *ius cogens*, y sea interpretado y aplicado a la luz de dichas obligaciones.

2. *El argumento de los derechos humanos*

A la hora de analizar la perspectiva crítica del DEI desde los derechos humanos, es frecuente encontrar una postura que intenta identificar al argumento en defensa de los derechos humanos como una postura “pro-Estado”, lo cual es un error.

Los derechos humanos no son un argumento en defensa del Estado sino una herramienta *pro homine* frente a los abusos. Cualquier abogado litigante en casos de derechos humanos sabe eso: su principal demandado es siempre el Estado. Pero la violación de los derechos humanos no ocurre solamente por actos propios del Estado —aunque siempre hay una responsabilidad estatal cuando existe un caso de violación—, sino que también puede ocurrir por el accionar de entes privados.

La gobernabilidad democrática no puede verse escindida del respeto a los derechos humanos, incluyendo el ejercicio de las funciones reguladoras del Estado como aspecto elemental de su razón de ser. La desregulación atenta contra el Estado de derecho y permite comportamientos abusivos tanto por parte del sector público como del privado. La promoción del pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales forma parte de la función del Estado, y lo es de forma prioritaria a otras responsabilidades

que dicho Estado pueda asumir. Ello se debe al carácter *erga omnes* de los derechos humanos y a que los mismos ofrecen una cosmovisión del derecho como hermenéutica jurídica y no como simples normas formales y aisladas.

La prioridad de estas obligaciones ya se encuentra manifiesta en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que claramente expresa:

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.

Una lectura concordada con el artículo 1.3 del mismo texto resulta aún más clara:

Artículo 1

Los propósitos de las Naciones Unidas son...

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y *en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos*, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión... (el destacado es nuestro).

Todos los tratados internacionales deben ser conformes con la Carta de la ONU, en particular con los artículos 1, 2, 55 y 56. En tal sentido, ratificamos que

un orden internacional al amparo de las Naciones Unidas, que se halle comprometido con el Estado de derecho, la transparencia y la rendición de cuentas, no puede verse menoscabado por intentos privados de sustituirlo por un orden internacional gobernado por empresas transnacionales carentes de legitimidad democrática.⁵²

Pero para ahondar aún más, pareciera que no comprender el carácter imperativo —y no solo *erga omnes*— de al menos algunas obligaciones en materia de derechos humanos podría avalar un absurdo: ¿Sería posible reconocer el carácter *jus cogens* de la prohibición de la esclavitud pero no del derecho humano al agua? ¿Sería acaso posible entender al hombre libre pero negarle el elemento

⁵² Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

más elemental para su existencia? ¿En qué sentido es posible negar el imperativo categórico kantiano bajo razones procesales formales? Es necesario entonces considerar que las normas de derechos humanos, al menos aquellas que hacen referencia a su existencia biológica, deben ser entendidas como imperativas frente al conjunto de normas internacionales de menor jerarquía, y saldar así una distorsión lógica que pretende subsistir dentro del mundo jurídico.

En consecuencia, la tolerancia de un régimen —tanto en sus normas como respecto de los tribunales que actúan bajo su marco— cuyos efectos atentan contra el pleno goce de los derechos humanos y las funciones más elementales del Estado de derecho, resulta una aberración jurídica, algo sencillamente inaceptable.

3. *Fortalecimiento de la gobernabilidad democrática*

El déficit democrático entre la ciudadanía y las instituciones globales se profundiza cuando los efectos de las normas atentan contra el bienestar general. La gobernabilidad democrática puede fortalecerse si se ponderan los derechos y las obligaciones en los tratados y contratos, algo ausente en los AII. Asimismo, deben clarificarse los contenidos de las cláusulas en estos tratados entre las partes contratantes, a fin de evitar interpretaciones expansivas por parte de los árbitros. Ello también se observa en un número importante de casos dentro del CIADI y otras instituciones del ISDS.⁵³

Recientemente, en el marco del fortalecimiento de la gobernanza global, han crecido algunas observancias en materia de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), incluyendo incipientes disposiciones dentro de acuerdos de comercio e inversión. Creemos que esto resulta conceptualmente insuficiente, pues mientras que los derechos son vinculantes para las empresas, las obligaciones en materia de RSC poseen la característica de ser no vinculantes.

También resulta preciso establecer mecanismos de verificación y seguimiento que se complementen con mecanismos de control (responsabilidad) en forma constructiva, para garantizar remedios de reparación pero también regulaciones que eviten futuros casos de daños. Se contemplaría una función resarcitoria de la responsabilidad legal, así como una función preventiva. Ello lleva a tener que reflexionar acerca de cómo establecer los marcos de responsabilidad internacional de las empresas transnacionales a fin de balancear sus derechos dados en los AII con obligaciones que resulten también exigibles legalmente.

⁵³ Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *op. cit.*

Un ejemplo en cuanto a los posibles mecanismos de verificación y seguimiento ha sido la auditoría independiente realizada en Ecuador. El trabajo de la CAITISA puede ser replicado en cualquier otro país que sufra los mismos impactos de las demandas de las empresas transnacionales. La experiencia de la CAITISA ha servido para clarificar la cantidad de tratados y las obligaciones que el Estado mantiene a nivel internacional, así como para efectuar un análisis de las cláusulas de dichos acuerdos y un balance respecto de los montos de las demandas presentadas. Ello brinda al Estado instrumentos concretos para analizar el alcance de las obligaciones de los AII, para que pueda tomar una decisión política informada respecto de ellos, e incluso en consulta con la ciudadanía. Otra iniciativa, de carácter más constante, es el Observatorio del Sur: una propuesta proveniente de movimientos sociales y ONG que también recomendó la CAITISA al Ecuador y que su gobierno ha resuelto impulsar recientemente.

Respecto del plexo normativo, en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de la ONU se está impulsando la creación de Códigos Vinculantes para Empresas Transnacionales y otras Empresas,⁵⁴ en el marco de su responsabilidad por violación a los derechos humanos. Esta tercera iniciativa también está siendo apoyada por organizaciones de la sociedad civil de distintos países.

Las tres tienen convergencia en el marco de balancear derechos y obligaciones de los nuevos actores impulsores de la globalización: las empresas transnacionales. Son iniciativas complementarias a las normas vigentes, que pueden fortalecer el control democrático del DEI y los mecanismos imperantes en él. Ello ha de favorecer el rol del derecho como regulador de las conductas sociales y no viceversa: que las conductas existentes sean las que moldeen el derecho a su medida, avalando de ese modo situaciones previamente existentes que resulten abusivas.

El déficit democrático del DEI no solo es un problema en sí mismo o de origen formal: debilita las democracias locales dado que aleja a la ciudadanía de los mecanismos de control sobre sus Estados y sobre otros actores que son influyentes en la toma de decisiones, como lo son las empresas transnacionales. Los casos mencionados de Vattenfall contra Alemania son un claro ejemplo de cómo las decisiones soberanas tomadas en el marco

⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/51/PDF/G1406451.pdf?OpenElement>. Véase también la contribución de Douglas Cassel en este volumen.

de un proceso democrático de gobierno pueden verse amenazadas por el régimen del ISDS y las normas del DEI.

4. *Un marco de responsabilidad: coherencia para respetar, justicia para proteger*

En 2008 el relator especial de Naciones Unidas, John Ruggie, presentó su informe sobre un marco para las actividades de las empresas y los derechos humanos bajo los principios de “proteger-respetar-remediar”.⁵⁵ Estos tres ejes se centraron en la normativa internacional ya existente, y subrayó el deber del Estado de proteger frente a violaciones de derechos humanos, la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos y el diseño de vías más efectivas a los recursos procesales de reparación en casos de violación. Ello fija un marco de responsabilidad internacional tanto para los Estados como para las empresas. Sin embargo, su informe, adoptado por la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, no posee carácter vinculante, lo cual presenta un problema en cuanto a la exigibilidad jurídica de dicho marco.

Aunque el “Marco Ruggie” sea propio del *soft law*, las obligaciones analizadas por él surgen de normas existentes, es decir de tratados internacionales que son vinculantes, aunque solamente para los Estados. Es preciso aplicar esta base interpretativa y las normas vigentes dentro de un marco de responsabilidad amplio.

Las matrices y las filiales de las empresas transnacionales mantienen una coherencia mediante su política comercial y, eventualmente, por el marco de responsabilidad social empresarial o corporativa que la empresa haya decidido asumir. La regulación de cada una está dada por el marco normativo del Estado territorial en el que cada una actúa. Ambos Estados —el de origen y el de acogida de la inversión— se encuentran dentro del sistema normativo dado por el derecho internacional, que se ofrece como un paraguas normativo general. Todo ello conforma un marco que podríamos llamar de “coherencia normativa” que aporta (o debería aportar) al respeto de los derechos humanos, siempre que el resto de las normas sean consistentes con éstos.

Paralelamente, se hace necesario un plano de jurisdicción que permita activar esta coherencia normativa para proteger a la ciudadanía ante los

⁵⁵ Véase Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

abusos tanto de los poderes públicos como de los privados. Una jurisdicción universal —es decir, la posibilidad de que pueda exigirse directamente en una corte internacional una obligación internacionalmente establecida a quienes elaboran las normas en el derecho internacional (los Estados), así como a aquellos otros entes que, siendo nacionales suyos, actúan también dentro del escenario socio-económico global (empresas e individuos)— es necesaria para permitir el enjuiciamiento de violaciones a los derechos humanos por parte de privados. El único mecanismo vigente hasta el momento es la Corte Penal Internacional, que solamente actúa bajo cuatro tipos penales bien identificados y que no incluye la violación a los derechos humanos en forma explícita.

Es posible identificar una red de relaciones entre el Estado de origen de la inversión, el Estado de acogida, las matrices y filiales de las empresas transnacionales inversoras y su relación con el derecho internacional y local. Existe una regulación de cada Estado para con sus empresas establecidas territorialmente —sea el Estado de origen para con la empresa matriz, como el Estado de acogida de la inversión para con la filial de la empresa. Entre matrices y filiales existen políticas comerciales que brindan una coherencia para el giro económico que practica dicha corporación. La responsabilidad existente entre ambas a su vez está dada por normas no vinculantes (*soft law*) y autoimpuestas —dictadas por la empresa para sí misma—, conocidas como la Responsabilidad Social Empresarial (RSE). El derecho internacional no genera obligaciones “de hacer” hacia las empresas sino hacia los Estados. Cierta doctrina y jurisprudencia internacional entiende que sí existen obligaciones en materia de derechos humanos por parte de las empresas, en cuanto a que ellas deben respetar el marco normativo existente. Pero tales obligaciones se clasifican en obligaciones de “no hacer”, mientras que las obligaciones que emanan de los instrumentos internacionales en la materia hacia los Estados, también son obligaciones “de hacer”. En tal sentido, la posibilidad de poner obligaciones legalmente exigibles a las empresas transnacionales en el ámbito internacional todavía es un campo muy acotado, por lo que entendemos que es necesario establecer claramente un plano de coherencia normativa para garantizar el respeto a los derechos humanos (“coherencia para respetar”).

Por otro lado, es difícil establecer una jurisdicción universal para hacer efectiva la estructura normativa. Cada Estado posee una jurisdicción propia sobre las empresas que actúan en su territorio y algunos Estados incluso poseen funciones extraterritoriales para llevar su jurisdicción más allá, llegando a las filiales de las empresas matrices que son nacionales suyas. Sin embargo, la jurisdicción internacional, que existe para con los Estados, es menos evidente para con las empresas transnacionales: los AII las habilitan para demandar (legitimidad procesal activa) pero en muy raras excepciones son

demandadas (legitimación procesal pasiva), lo que resulta muy a la medida de los intereses privados, que internacionalmente pueden reclamar pero no ser objeto de reclamos, lo que lograría un segundo plano que habría de sumarse al anterior (“coherencia para respetar” más “justicia para proteger”).

V. CONCLUSIÓN

El reconocimiento del imperativo categórico kantiano⁵⁶ en tanto valor hermenéutico que sirva para interpretar el derecho internacional es algo que debe considerarse al momento de analizar el impacto del DEI sobre la gobernabilidad democrática y los derechos humanos. Un sistema internacional democrático y equitativo no puede verse escindido de los derechos humanos en tanto principios hermenéuticos del derecho y no solo como normas jurídicas formales.

Se evidencia un impacto negativo del DEI que habita en los AII, producto de los abusos que empresas transnacionales, bufetes de abogados y árbitros han realizado en la interpretación y aplicación de cláusulas, así como en la concentración de la toma de decisiones que contrarían los principios de transparencia y de rendición de cuentas. Asimismo, los AII son negociados en forma secreta, lo que profundiza el déficit democrático entre cierta institucionalidad global y la ciudadanía.

Este impacto negativo radica en la afectación de los recursos y del interés público. El congelamiento de la capacidad reguladora del Estado resulta, en muchos casos, violatoria de otras normas, incluyendo normas de derechos humanos que son, cuanto menos, de carácter prioritario frente a su cumplimiento respecto de normas dispositivas tales como los tratados comerciales o de inversión. Asimismo, se priorizan los intereses privados de las empresas reclamantes dentro del ISDS frente al interés público de la comunidad, colocando así los derechos de uno por encima de los derechos de todos.

El pleno goce de los derechos humanos se ve amenazado por decisiones cada vez más frecuentes en el marco de estos acuerdos. Con ello no sólo el Estado corre el riesgo de perder sus capacidades básicas de regulación, sino que son las bases mismas del Estado de derecho las que tambalean, poniendo en peligro la gobernabilidad democrática.

⁵⁶ Kant, en su *Crítica de la Razón Práctica*, estableció lo que llamó el *imperativo categórico* como regla universal de la moralidad. El imperativo categórico kantiano fue formulado en cuatro postulados que resumen todos los mandatos morales. El segundo de dichos postulados dice: “*Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza*” y es quizás el que mejor puede referirse a los objetivos de nuestro trabajo.

A su vez, el alejamiento de las instituciones y actores globales del control ciudadano —algo comúnmente identificado como “déficit democrático”— no solo es un problema en sí mismo, sino que debilita también las democracias locales, dado que aleja a la ciudadanía de los mecanismos de control sobre sus Estados y sobre otros actores en el DEI que son influyentes en la toma de decisiones, como lo son las empresas transnacionales. Mecanismos formalmente “participativos” no resuelven este problema: la rendición de cuentas y los mecanismos de control son también necesarios para empoderar a la ciudadanía y fortalecer a los gobiernos democráticos evitando el advenimiento de una “plutocracia global”.

La revisión de las normas del DEI en cuanto a una adecuación a las normas del orden público internacional es entonces algo necesario para la preservación de un orden internacional democrático y equitativo. En términos regionales, lo mismo puede hacerse respecto del DEI en cuanto a su adecuación al ICCAL y evitar contradecir u obstaculizar la efectividad de un *ius constitucionale commune* en América Latina y el Caribe basado en el respeto a los derechos humanos, al Estado de derecho y a la democracia, entendiendo al derecho no solamente como un instrumento de poder, sino también de capacidad emancipadora, con instituciones fuertes y legítimas, pero también reflejado en una vocación universalista que trascienda la figura del Estado-nación.⁵⁷ Para ello el diálogo judicial entre tribunales de los distintos países puede ser fructífero en pos de lograr mayor cohesión de esta institucionalidad democrática regional, pero también resulta de importancia para este *ius constitucionale commune* la inclusión social, una progresividad de derechos y el pluralismo jurídico que deje atrás las conceptualizaciones rígidas —tanto dualistas como monistas— del sistema jurídico.⁵⁸ Ello puede además complementarse con una amplia gama de propuestas, muchas de ellas en actividad, para que prevalezca el mejor y verdadero espíritu del orden internacional de la posguerra, considerando a los derechos humanos no solamente como un ordenamiento positivo en tanto conjunto de reglas que respetar, sino en su mayor y mejor espíritu humanístico: como base de convivencia para la comunidad internacional, y así llevar a la humanidad hacia el cumplimiento de sus necesidades más básicas y hacia la realización de sus ideales más altos.

⁵⁷ von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 8-13.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 15-18.