

**DERECHO APLICABLE Y PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN
SISTÉMICA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES***

***APPLICABLE LAW AND THE PRINCIPLE OF SYSTEMIC
INTEGRATION IN INVESTMENT ARBITRATION***

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 902-925

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada al Primer Encuentro de Jóvenes Investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizada en el marco del proyecto jusost - Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) - CIPROM 2023-64 (GV).

Diego AGULLÓ
AGULLÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Este trabajo examina la aplicación del principio de integración sistémica en el arbitraje de inversiones, a la luz del art. 31.3.c) de la Convención de Viena. Se analizan diversos laudos que han considerado normas de derechos humanos, medioambientales o laborales como parte del marco interpretativo. La incorporación de estas normas sigue siendo dispar y dependiente del criterio arbitral. No obstante, su integración puede reforzar la coherencia y legitimidad del sistema. Se propone una lectura más contextualizada de los tratados de inversión.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje de inversiones; integración sistémica; derecho internacional; interpretación de tratados

ABSTRACT: *This paper explores the use of the principle of systemic integration in investment arbitration under Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It reviews case law where human rights, environmental or labor norms have informed the interpretation of investment treaties. While the application remains uneven, systemic integration enhances normative coherence and legitimacy. The study suggests a more contextualized reading of treaty obligations.*

KEY WORDS: *Investment arbitration; systemic integration; international law; treaty interpretation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.- III. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS CON OTRAS ÁREAS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SEDE DE ARBITRAJE.- 1. De la protección internacional del patrimonio histórico a la protección internacional de la salud.- 2. La protección internacional de los derechos humanos. 3. El modelo TBI de la Academia Africana de Arbitraje.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El arbitraje de inversiones sufre de gran desprestigio entre algunos sectores políticos y académicos y es objeto de discusión en cuanto a si debe ser abandonado o si debe ser reformado y, en su caso, cómo debe llevarse a cabo esa reforma¹. Entretanto, existen más de 3000 tratados bilaterales (TBI) o multilaterales de inversión que contienen cláusulas de arbitraje inversor-estado que dan lugar, cada año, a múltiples arbitrajes de inversión, siendo la institución administradora más conocida y más activa en este ámbito el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial y que sienta sus bases en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio del CIADI)².

Una de las cuestiones que más preocupan en materia de arbitraje de inversiones es su relación con otras áreas del Derecho internacional y, en particular, con los derechos humanos y el Derecho medioambiental internacional³. En este sentido,

- 1 Letter from 300+ Professors of Law and Economics to President Biden Urging the Elimination of ISDS in U.S. Trade and Investment Agreements, 2024. Vid. ampliamente ESPLUGUES MOTA, C.: "Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones: dos dogmas de la modernidad sometidos a revisión", en AA.VV.: *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica* (coord. por C. ESPLUGUES MOTA y S. BARONA VILAR), Tirant, Valencia, 2020. Disponible en: SSRN <https://ssrn.com/abstract=3509705> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3509705>; Comisión Europea: *Multilateral Investment Court Project*, 2015, disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en; UNCITRAL, *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform*, 2024, disponible en: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state
- 2 BISCHOFF, J. A.: "Investment arbitration", en AA.VV.: *Encyclopedia of Private International Law* (eds. J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI y P. DE MIGUEL ASENSIO), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2017, pp. 97 y ss.
- 3 Los derechos medioambientales y los derechos humanos están cada vez más interrelacionados, y el derecho a un medio ambiente limpio puede considerarse un Derecho humano. Así lo reconoce expresamente el art. 24 de la *African Charter on Human and Peoples' Rights*, adoptada el 27 de junio de 1981 (1520 U.N.T.S. 217; 21 I.L.M. 58, 1982), al establecer que "todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio

• Diego Agulló Agulló

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas, la Universidad de Deusto y la Universidad Ramón Llull. Ha sido investigador predoctoral (becario Max Planck) en el *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*; *Graduate Research Trainee* (GRT) en la Facultad de Derecho de *McGill University* (Montreal), investigador postdoctoral en el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* (Hamburgo) y *Visiting Scholar* en *Columbia Law School* (Nueva York). Sus líneas de investigación se centran en el Derecho Procesal Internacional, el Derecho Comparado, el Derecho de las Inversiones Extranjeras, la Contratación Internacional y el Arbitraje Internacional

se plantea la cuestión de si un tribunal arbitral debe aplicar normas internacionales de derechos humanos y medioambientales al fondo de la controversia aun cuando no esté expresamente previsto en el TBI en el que se fundamente tal disputa, sobre todo en escenarios donde su aplicación por parte del Estado receptor de la inversión ha conllevado una posible vulneración de la protección de la inversión extranjera⁴. Muchos TBI se refieren al Derecho internacional como Derecho aplicable en las controversias entre las partes⁵ y el Convenio del CIADI dispone en su art. 42(1) que, a falta de acuerdo entre las partes, se aplicará el Derecho del Estado parte en la controversia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado y el Derecho internacional general que pudiera ser aplicable:

“(…) el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

El art. 42 del Convenio del CIADI parece referirse al Derecho internacional como un sistema que integra el Derecho de las inversiones extranjeras como parte del Derecho internacional general que, a falta de acuerdo concreto entre las partes, deberá aplicarse. El principio de integración sistémica encuentra su principal fundamento en lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (Convención de Viena), que establece, en su punto (1), en cuanto a la regla general de interpretación que:

y favorable a su desarrollo”. Vid. *Ligue Ivoirienne des Droits de l’Homme (LIDHO) y otros v. República de Costa de Marfil*, núm. 041/2016, Sentencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 5 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0412016> (en este caso, la Corte condenó al Estado por incumplimiento de obligaciones ambientales nacionales e internacionales que derivaron en vertidos tóxicos que afectaron a miles de personas). Vid. también *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros v. Suiza*, demanda núm. 53600/20, Sentencia del TEDH de 9 de abril de 2024, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233206> (el TEDH condenó a Suiza por incumplir el art. 8 del CEDH al no adoptar medidas suficientes contra el cambio climático). El vínculo entre arbitraje y derechos humanos también se ha hecho más visible en los últimos años. Vid. *Iliria S.R.L. v. Albania*, demanda núm. 31011/09, párr. 38, Sentencia del TEDH de 5 de marzo de 2024, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-231334> (el TEDH declaró la violación del CEDH por una demora de 17 años en la ejecución de un laudo arbitral). Por el contrario, si un Estado ejecuta un laudo que desatiende los derechos reconocidos en el CEDH, también podría enfrentarse a un procedimiento ante el TEDH.

- 4 Sobre el Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones, vid. ZAMBRANA TÉVAR, N.: *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Aranzadi, Pamplona, 2010; y BENEDETTELLI, M.: “Determining the Applicable Law in Commercial and Investment Arbitration: Two Intertwined Road Maps for Conflicts-Solving”, en AA.VV.: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, núm. 3, 2022, pp. 687-722.
- 5 Vid., por ejemplo, el Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Ruanda relativo al fomento y la protección recíproca de inversiones, firmado el 19 de febrero de 2008, art. 5(1), donde se establece que “cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato conforme al derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo y plena protección y seguridad”.

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

El mismo precepto, en su punto (3)(c) establece que, “juntamente con el contexto, deberá tenerse en cuenta:

“toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes”⁶.

No obstante, la aplicación de los derechos humanos y medioambientales en sede de arbitrajes de inversión no está asegurada en tanto que es una decisión que toma el tribunal arbitral pudiendo incluso no aplicarlos aunque las partes los aleguen en sus escritos; muchos árbitros no están acostumbrados a la interpretación y la aplicación de los derechos humanos y los propios Estados pueden no estar dispuestos a que cuestiones tan delicadas como los derechos humanos se traten en procedimientos de arbitraje de inversión, pensados inicialmente para resolver disputas muy concretas de carácter puramente económico⁷. Además, el Derecho internacional de las inversiones extranjeras no debe necesariamente entenderse jerárquicamente subordinado al de los derechos humanos⁸.

- 6 MCLACHLAN, C.: “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, 2005, pp. 279-320. GIMONDI, G. E.: “The Principle of Systemic Integration in International Investment Law”, en AA.VV.: *International Environmental Law and International Human Rights Law in Investment Treaty Arbitration: The Contribution of Host States’ Argumentation in Re-Shaping International Investment Law* (ed. por G. E. GIMONDI), Kluwer Law International, La Haya, vol. 68 de la colección *International Arbitration Law Library*, 2023, pp. 163-174.
- 7 ÁLVAREZ, J. E.: *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 344, Brill/Nijhoff, La Haya, 2011, pp. 193 y 467.
- 8 FERRERES COMELLA, V.: *The Constitution of Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 172. Aunque los tribunales están facultados para ello, la integración sistémica todavía no es muy común en el arbitraje de inversiones. En su lugar, los tribunales recurren con frecuencia a la doctrina de la *lex specialis* para sostener que el tratado bilateral de inversión, en cuanto instrumento jurídico especializado, prevalece sobre normas y principios más generales del Derecho internacional. ANZIZU, H. y REISCH, N.: “Investor-State Disputes, the Climate Emergency, and the Duty to Regulate Fossil Fuels: A Human Rights Perspective”, en AA.VV.: *Investment Arbitration and Climate Change* (eds. por A. MAGNUSSON y A. IPP), Kluwer Law International, La Haya, 2023, pp. 179-206. La integración sistémica es sólo una de las aproximaciones posibles a esta cuestión. Tal y como indica BUTLER, la primera aproximación consiste en promulgar -de cara al futuro- TBI que obliguen de forma expresa a las partes a respetar el catálogo internacional de derechos humanos como estándar mínimo, y que establezcan de manera inequívoca que el tribunal debe tener en cuenta los compromisos del Estado en materia de derechos humanos. La segunda y la tercera aproximación se centran en cómo pueden tenerse en cuenta los derechos humanos en la interpretación de los tratados ya existentes. La segunda aproximación propone una interpretación evolutiva, conforme a lo establecido por el Corte Internacional de Justicia en el asunto *Kasikili/Sedudu Island (Botswana c. Namibia)*. Cuando los tratados emplean términos jurídicos conocidos cuyo contenido las partes previeron que evolucionaría con el tiempo, el significado de tales términos debe determinarse con arreglo al Derecho internacional tal como ha evolucionado y se aplica en el presente, y no conforme al estado del Derecho en el momento de la celebración del tratado. La tercera aproximación es la “técnica emergente” de desfragmentación basada en la integración sistémica, que parte de la presunción interpretativa de que los tratados están destinados a producir efectos conformes con las normas vigentes del Derecho internacional. Este enfoque propone que todos los tratados de inversión sean interpretados siempre a la luz del Derecho internacional, incluyendo el Derecho internacional de los derechos humanos y su metodología. Sobre esta base, se estaría gestando una interpretación que favorece la inclusión de los derechos humanos en el marco interpretativo aplicable. BUTLER, P.: “Human Rights in International Commercial and Investment Arbitration”, en AA.VV.: *Cambridge*

Este trabajo tiene por objeto analizar cómo se ha aplicado el principio de integración sistémica en el arbitraje de inversiones durante los últimos años, estudiando casos en los que los tribunales arbitrales han integrado al TBI otras normas de Derecho internacional. Antes de analizar con detalle tales casos, nos referiremos al principio de integración sistémica en el Derecho internacional general. El trabajo termina con unas consideraciones finales.

II. EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

No es algo nuevo afirmar que el Derecho internacional es una disciplina jurídica fuertemente fragmentada, por su pluralidad de fuentes, de adjudicadores y aplicadores y, también, por la falta de un ente común, eficaz y vinculante que lo homogenice a nivel global. La fragmentación del Derecho internacional ocupó a la Comisión de Derecho internacional de la Organización para las Naciones Unidas (ONU) en la primera década del presente milenio, que culminó con la elaboración del informe “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (Informe sobre la fragmentación del DI) en el que se estudia el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena y, en esencia, se defiende que los tratados internacionales deben interpretarse conforme al resto del Derecho internacional general con el objeto de que se promuevan valores globales como la dignidad humana así como la consecución de otros objetivos también globales. El Informe sobre la fragmentación del DI se hace eco de aquellos que sugieren que un tribunal estatal o arbitral sólo puede interpretar y aplicar el tratado por cuya virtud ostenta competencia, pero que no puede ir más allá:

“En ocasiones se afirma que los tribunales internacionales u órganos de aplicación (de tratados) no están facultados para “salirse” de la esfera normativa de su instrumento constituyente o que, cuando los órganos de arbitraje deliberan sobre el laudo, no deberían tener en cuenta las normas o principios que no estén incorporados en el tratado en conflicto o en el compromiso pertinente”⁹.

Pero también indica que el Derecho internacional debe conceptualizarse como un sistema, cuyas normas están interrelacionadas debiendo el órgano decisor poner en contexto el tratado de que se trate con su entorno normativo (i.e. *normative environment*):

Compendium of International Commercial and Investment Arbitration (eds. por S. M. KRÖLL, A. K. BJORKLUND y otros), Cambridge University Press, Cambridge, 2023, pp. 139-185.

9 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio elaborado por M. KOSKENNIEMI, doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, párr. 423, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/l-docs.htm>

“(…) Sin embargo, si, como se ha expuesto en la sección B.5, todo el derecho internacional existe en relación sistémica con otras ramas del derecho, no se puede realizar dicha aplicación sin situar el instrumento pertinente en su entorno normativo (...)”¹⁰.

Indica también el Informe sobre fragmentación del DI que incluso si un tribunal ostenta competencia para conocer respecto de un instrumento legal internacional concreto, debe siempre interpretar y aplicar tal instrumento en relación con su entorno normativo, esto es, con el resto del Derecho internacional.

En la jurisprudencia *ius* internacional publicista encontramos algunos casos que aplican el principio de integración sistémica. En el asunto *Oil Platforms*, en noviembre de 1992, la República Islámica de Irán (Irán) presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) contra los Estados Unidos de América (Estados Unidos) por la destrucción de tres complejos petrolíferos iraníes, que Irán consideraba contraria al Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 1955 ratificado por Irán y Estados Unidos. Irán alegó que dichas acciones constituían una violación de la libertad de comercio entre los territorios de ambas partes. La CIJ, en su sentencia definitiva el 6 de noviembre de 2003 y en relación con la demanda principal, refirió a si los ataques estadounidenses podían justificarse como medidas necesarias para proteger los intereses esenciales de seguridad nacional, conforme al art. XX.I.d del Tratado. Concluyó que no se cumplían los requisitos de legítima defensa, dado que no se demostró un ataque armado iraní previo ni la necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza. No obstante, la CIJ desestimó la pretensión iraní de indemnización al considerar que, en ambos episodios, las plataformas atacadas no estaban operativas ni existía comercio activo de petróleo entre los dos países, debido a un embargo estadounidense. En concreto, se aplicó el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena para la integración del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos consulares con el resto del Derecho internacional general:

“Conforme a las normas generales de interpretación de los tratados, tal como se reflejan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación debe tener en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31.3.c)). La Corte no puede aceptar que el artículo XX, párrafo I, inciso d), del Tratado de 1955 haya sido concebido para operar con total independencia de las normas pertinentes de derecho internacional sobre el uso de la fuerza, de manera que pudiera ser invocado con éxito -aun en el contexto limitado de una reclamación por incumplimiento del Tratado- en relación con un uso ilícito de la fuerza. La aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional relativas a esta

10 *Ídem*.

cuestión constituye, por tanto, una parte integral de la tarea de interpretación que el artículo XXI, párrafo 2, del Tratado de 1955 encomienda a la Corte"¹¹.

Sin embargo, la Jueza Rosalyn Higgins rechazó de plano esta interpretación en su voto particular discrepante. En concreto, en su *Separate Opinion*, Higgins indicó que la CJI no había tenido en cuenta el inciso del art. 31(3)(c) de la Convención de Viena relativo al "contexto" en el que debe realizarse la integración sistémica, siendo este contexto el económico y comercial, propio del tratado bilateral en cuestión, y no el Derecho internacional general:

"La Corte interpreta esta disposición como una incorporación de la totalidad del derecho internacional sustantivo (el cual, en el párrafo 42 de la Sentencia, se define como comprendiendo el derecho de la Carta) relativo al uso de la fuerza. Sin embargo, ello supone ignorar que el artículo 31, párrafo 3, exige tener en cuenta "el contexto", y dicho "contexto" es claramente el de un tratado de carácter económico y comercial"¹².

En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), también encontramos casos en los que se ha aplicado el principio de integración sistémica. Cabe destacar el caso *Al Adsani v. Reino Unido*. En este asunto, Sulaiman Al Adsani, de nacionalidad británica y kuwaití, fue piloto del ejército del aire de Kuwait y participó en la resistencia durante la Guerra del Golfo. Tras la difusión de unos vídeos de contenido sexual que implicaban a un Jeque emparentado con el Emir, fue acusado por este de su divulgación. El 2 de mayo de 1991, el Jeque lo secuestró y lo llevó a una prisión donde fue torturado y obligado a firmar confesiones falsas. Posteriormente, fue nuevamente agredido, sufriendo quemaduras en el 25 % del cuerpo, lo que le causó una enfermedad severa de la que se recuperó en el Reino Unido. En 1992, demandó al Jeque y al Estado de Kuwait en el Reino Unido, obteniendo una sentencia estimatoria con declaración de rebeldía del primero. Sin embargo, los tribunales británicos rechazaron conocer sobre sus pretensiones contra el Estado de Kuwait, indicando que existía inmunidad de jurisdicción reconocida por el *State Immunity Act* de 1978, incluso aun tratándose de un caso de tortura. El TEDH utiliza el principio de integración sistémica para interpretar y aplicar la noción de inmunidad soberana integrando el CEDH con el resto del Derecho internacional general:

"El Tribunal debe analizar a continuación si la restricción fue proporcional al objetivo perseguido. Reitera que el Convenio debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

11 CJI, *Oil Platforms (Irán c. Estados Unidos de América)*, Sentencia de 6 de noviembre de 2003, párr. 41, disponible en: <https://www.icj-cij.org/case/90>

12 HIGGINS, R.: Opinión separada de la Jueza Higgins, en *Caso relativo a las Plataformas Petrolíferas (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*, Sentencia sobre el fondo, CJI, Recueil 2003, párr. 46.

de 23 de mayo de 1969, y que el artículo 31 § 3 (c) de dicho tratado establece que debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El Convenio, incluido su artículo 6, no puede interpretarse en un vacío normativo. El Tribunal debe tener presente el carácter especial del Convenio como tratado de derechos humanos, y también debe tomar en consideración las normas pertinentes del derecho internacional”¹³.

En el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en 1999 Estados Unidos solicitó la celebración de consultas ante la OMC contra Corea del Sur por presuntas subvenciones concedidas a la industria naval, en violación del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994. Estados Unidos alegó que Corea había efectuado transferencias financieras y condonado deudas a astilleros nacionales, distorsionando la competencia internacional. Aunque se estableció un Grupo Especial en el ámbito de la OMC en julio de 2000, no se produjo ningún avance procesal posterior. El caso permaneció inactivo durante varios años y, en diciembre de 2005, Estados Unidos solicitó la retirada de su solicitud. El procedimiento concluyó sin resolución formal, quedando la disputa sin pronunciamiento sobre el fondo. No obstante, el Grupo Especial indicó que el Derecho internacional consuetudinario aplica a los tratados de la OMC siempre que no los contradigan:

“(…) siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC”¹⁴.

En la esfera de los arbitrajes inter-estatales administrados por la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), cabe destacar el arbitraje OSPAR (Irlanda v. Reino Unido) de 2003. Este caso enfrentó a Irlanda y el Reino Unido por el acceso a información económica confidencial relacionada con la planta MOX, una instalación nuclear operada por el Reino Unido en sus aguas en la costa del mar de Irlanda. Irlanda solicitó, en virtud del art. 9 de la *Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic* (Convención OSPAR), el acceso a información omitida, omisión que se realizó por considerar la información comercialmente sensible. El tribunal arbitral concluyó que el art. 9 (1) impone una obligación de revelación que puede ser calificada como una obligación de resultado y no meramente de medios. Sin embargo, el tribunal arbitral estableció que la información solicitada no se refería al estado del medio marino, como exige

13 TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, demanda núm. 35763/97, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 55, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>

14 OMC, *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, Informe del Grupo Especial, WT/DS163/R, 1 de mayo de 2000, párr. 7. 96.

el art. 9 (2), por lo que la reclamación de Irlanda fue desestimada¹⁵. En el laudo, el tribunal arbitral determinó que la Convención OSPAR no le autoriza aplicar Derecho internacional *in statu nascendi*, sino sólo Derecho internacional, incluido el de naturaleza consuetudinaria, que esté plenamente vigente:

“Cuando las Partes han conferido tal facultad a un tribunal arbitral internacional, este puede aplicar normas que no formen parte de la *lex lata*, si, a juicio del tribunal, dichas normas han sido aceptadas y es probable que pronto pasen a integrar el *corpus juris* internacional. Sin embargo, en tal caso el tribunal arbitral las aplica en virtud de las instrucciones de las Partes, no porque sean «casi» derecho vigente.

Mientras no sea incompatible con el *jus cogens*, las Partes también pueden instruir a un tribunal para que aplique una *lex specialis* que no forme parte del derecho internacional general en ese momento. No obstante, el Convenio OSPAR no incorpora una remisión de esa naturaleza. Sin tal autorización, un tribunal constituido en virtud del Convenio OSPAR no puede ir más allá del derecho vigente. Esto no significa que un tribunal no pueda aplicar normas consuetudinarias de reciente formación, sino que, para hacerlo, estas deben ser efectivamente normas de derecho internacional consuetudinario”¹⁶.

III. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS CON OTRAS ÁREAS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SEDE DE ARBITRAJE.

I. De la protección internacional del patrimonio histórico a la protección internacional de la salud.

La protección internacional del patrimonio histórico y cultural fue una de las primeras áreas del Derecho internacional que se integró, en sede de un arbitraje, con el Derecho de las inversiones extranjeras. Debemos citar el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. República Árabe de Egipto*. *Southern Pacific Properties (SPP)*, una empresa hongkonesa, suscribió una serie de acuerdos con el Gobierno de Egipto y con la empresa pública egipcia *Egyptian General Organization for Tourism and Hotels (EGOTH)* para desarrollar dos grandes proyectos turísticos en la meseta de las Pirámides de Giza y en Ras El Hekma. Se constituyó una la *joint venture Egyptian Tourist Development Company (ETDC)*, en la que SPP tendría participación mayoritaria. El Gobierno egipcio se comprometió a proporcionar

15 El art. 9 (2) de la Convención OSPAR dispone que “La información a que se refiere el párrafo 1 de este artículo comprende toda aquella disponible en forma escrita, visual, sonora o en bases de datos, relativa al estado del área marítima, a las actividades o medidas que la afecten o puedan afectarla negativamente, así como a las actividades o medidas adoptadas conforme al Convenio”.

16 Tribunal Arbitral OSPAR, *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom)*, Laudo final, 2 de julio de 2003, párrs. 99-100.

terrenos, derechos de usufructo y apoyo administrativo a los inversores extranjeros. SPP realizó importantes inversiones, obtuvo permisos oficiales e inició las obras en el área de Giza en el año 1977. Sin embargo, el proyecto generó una gran oposición política interna, en tanto que podía constituir riesgos para el patrimonio arqueológico egipcio. En 1978, Egipto, siguiendo recomendaciones de la Autoridad de Antigüedades egipcia, declaró el área de las pirámides propiedad pública protegida, revocó los permisos, extinguió el usufructo sobre los terrenos y determinó que ETDC debía estar sujeta a administración judicial. SPP intentó primero un arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), donde obtuvo un laudo favorable, que luego fue anulado por los tribunales ordinarios franceses. Posteriormente, SPP presentó demanda de arbitraje ante el CIADI. Durante el arbitraje CIADI, Egipto defendió que su actuación estaba amparada por sus obligaciones internacionales y, en particular, por la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972¹⁷.

El tribunal arbitral, en el laudo, comienza su análisis de Derecho aplicable mencionando el art. 42(1) del convenio del CIADI que indica como primer factor de conexión el acuerdo de las partes:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Después, el tribunal arbitral pasa a referirse a los posicionamientos de las partes sobre el Derecho aplicable. Egipto argumenta, en esencia, que las partes acordaron el Derecho egipcio como Derecho aplicable ya que así se desprende del preámbulo del acuerdo que se refiere expresamente a la Ley núm. 1, Ley núm. 2 de 1973 y Ley núm. 43 de 1974, todas ellas egipcias. Egipto defiende que la segunda parte del art. 32(1) del Convenio del CIADI no debe aplicarse ya que se refiere a las situaciones que pueden producirse “a falta de acuerdo” y, en este caso, sí que existía un acuerdo sobre el Derecho aplicable. Según Egipto, el efecto del Derecho internacional es limitado en tanto que debe aplicarse el Derecho internacional ratificado por Egipto y que, por tanto, forma parte de su ordenamiento jurídico, incluyendo la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972¹⁸.

17 CIADI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el fondo, 20 de mayo de 1992.

18 *Ibidem*, párr. 75-76.

El inversor extranjero, por su parte, defiende que no es la primera frase del art. 42(1) la que debe aplicarse, sino la segunda, que se refiere a la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables. En esencia, SPP defiende que las relaciones entre las partes se rigen fundamentalmente por la Ley 43 de 1974 y que esta norma no regula todas las cuestiones que deben decidirse en esta disputa por lo que la segunda parte del art. 43(1) del Convenio del CIADI debe aplicarse¹⁹.

El tribunal arbitral concluye que la aplicación de la primera parte o de la segunda del art. 42(1) del Convenio del CIADI tiene poca relevancia práctica, en tanto que las partes están de acuerdo en que la Ley 43 de 1974 es el Derecho aplicable al fondo del asunto y que también está clara la aplicación, reconocida por las partes, de la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972. Indica el tribunal arbitral que incluso aceptando la posición de Egipto de que el Derecho aplicable es exclusivamente el egipcio no puede excluirse enteramente la aplicación del Derecho internacional en determinados escenarios. Cuando existe una laguna jurídica, debe aplicarse la parte segunda del art. 42(1) del Convenio del CIADI²⁰. El tribunal arbitral integró sistémicamente la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, pero sostuvo que, aun actuando lícitamente, Egipto debía indemnizar a SPP por la pérdida de su inversión.

El Derecho de la Organización Mundial del Comercio y de los Acuerdos Generales sobre Aranceles Aduaneros sirvieron al tribunal arbitral en *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América* para interpretar el *North America Free Trade Agreement* (NAFTA), aunque dejando claro que el tribunal arbitral no estaba vinculado por tal acervo jurídico. En este caso, *Methanex Corporation* (*Methanex*), un productor canadiense de metanol inició un arbitraje contra Estados Unidos bajo el capítulo II del NAFTA. *Methanex* alegó daños derivados de la prohibición en California del aditivo de gasolina *methyl tertiary-butyl ether* (MTBE), efectiva a partir de 2002. Aunque *Methanex* no producía MTBE, su metanol era una materia prima esencial para su fabricación. La demanda, inicialmente de unos 970 millones de dólares, se fundamentó en supuestas violaciones de los arts. 1102 (trato nacional), 1105 (trato justo y equitativo) y 1110 (expropiación) del NAFTA. *Methanex* alegó que la prohibición de MTBE fue influenciada por Archer-Daniels-Midland (ADM), un productor estadounidense de etanol que realizó donaciones a la campaña del gobernador de California Gray Davis. El tribunal concluyó que tenía jurisdicción para decidir sobre la reclamación original y que *Methanex* no probó que las medidas adoptadas por el Estado de California estuvieran dirigidas contra

¹⁹ *Ibidem*, párr. 77.

²⁰ *Ibidem*, párr. 78-80.

los productores extranjeros de metanol. En el laudo, el tribunal arbitral cita el art. 31(I)(c) del Convenio de Viena y, aunque no se refiere específicamente al principio de integración sistémica, sí que indica que para interpretar el NAFTA puede tener presente la jurisprudencia de los GATT y la práctica de la OMC, aunque no le sea vinculante:

“Al interpretar las disposiciones de la Sección A del Capítulo II, y en particular el artículo 1102 en el presente caso, el Tribunal puede encontrar orientación en la manera en que expresiones similares han sido interpretadas anteriormente en el marco del GATT. Si bien dichas interpretaciones no constituyen precedentes vinculantes para este Tribunal, este puede considerar de manera persuasiva el razonamiento jurídico desarrollado en la jurisprudencia del GATT y de la OMC, siempre que resulte pertinente”²¹.

El *stare decisis* (o su ausencia) es una cuestión controvertida en el ámbito del arbitraje de inversiones. Los tribunales arbitrales no están vinculados por laudos previos de otros tribunales. Esta circunstancia tiene el aspecto positivo para los Estados de que no existe una jurisprudencia arbitral que, en principio, les vincule y que guíe su actuación. Como aspecto negativo: pueden existir casos con hechos muy similares que se decidan de manera totalmente distinta por parte de diferentes tribunales arbitrales de inversión, existiendo una fragmentación no ya del Derecho internacional general, sino del propio Derecho de las inversiones extranjeras en sí mismo²². En el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales del Agua, S.A. v. República de Argentina* el tribunal arbitral aplicó el principio de *like cases should be decided alike*. Este caso versó sobre la privatización en 1995 del servicio de agua y saneamiento en la Provincia de Santa Fe, Argentina, otorgada en concesión a Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., participada por Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales del Agua, S.A. La crisis económica argentina de 2001-2002 impactó gravemente

21 Tribunal Arbitral del NAFTA, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Laudo final, 3 de agosto de 2005, párr. 6. Vid. también CIADI-NAFTA, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI, Laudo de 12 de enero de 2011, párr. 210 (aunque el tribunal resolvió que carecía de jurisdicción al no existir una inversión en Estados Unidos, el reclamante invocó, y el tribunal reconoció, la existencia de normas consuetudinarias internacionales relevantes, incluyendo el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre proyectos que pudieran afectarlos. El Estado demandado reconoció que ciertos elementos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas podrían reflejar principios fundamentales de derechos humanos y Derecho internacional consuetudinario en formación). La aplicación del principio de integración sistémica puede ser complicada desde un punto de vista técnico. Si bien puede afirmarse que ningún régimen de Derecho internacional es, en principio, «autónomo», ello no significa que derechos formulados de manera similar puedan ser extraídos de su contexto institucional y aplicados a otro régimen de manera sencilla. El hecho de que otro régimen de Derecho internacional sea de carácter «público» nos dice poco sobre si resulta adecuado trasladar sus normas al sistema de solución de diferencias entre inversores y Estados. Vid. ALVAREZ, J. E.: “Is Investor-State Arbitration ‘Public?’”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, núm. 3, 2016, pp. 534-576.

22 Vid. CHEN, R. C.: “Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal*, vol. 60, 2019, pp. 47-94 (el autor propone un “modelo de diálogo”, según el cual los tribunales deben interpelar activamente a decisiones anteriores y redactar sus laudos con el propósito de contribuir al debate jurídico más amplio).

la viabilidad del contrato. La Provincia se negó a revisar las tarifas y aumentó las obligaciones del concesionario. Hubo una serie de negociaciones para reequilibrar la concesión, pero todas fracasaron. En 2006, la Provincia terminó unilateralmente el contrato, asumió el servicio, ejecutó las garantías y denegó todo tipo de compensación. Los inversores ejercitaron demanda de arbitraje CIADI con base en tratados bilaterales de inversión Argentina-Francia y Argentina-España. El tribunal determinó que no hubo expropiación en los términos de los tratados, pero sí que Argentina incumplió la obligación de trato justo y equitativo, vulnerando las expectativas legítimas de los inversores. Como decimos más arriba, este asunto es relevante porque si bien el laudo niega la existencia de un *stare decisis* en el ámbito del arbitraje de inversión, el tribunal defiende la necesidad de tratar el Derecho de las inversiones extranjeras como un sistema bajo el principio de *like cases should be decided alike*:

“Además, consideraciones elementales de justicia conducen a los tribunales a guiarse por el principio judicial básico de que “los casos semejantes deben ser decididos de manera semejante”, salvo que exista una razón de peso para distinguir el caso actual de los precedentes. Asimismo, un objetivo reconocido del derecho internacional de las inversiones es establecer un marco jurídico predecible y estable para las inversiones, lo que justifica que los tribunales otorguen la debida consideración a decisiones anteriores sobre cuestiones similares. Así, salvo razones convincentes en sentido contrario, un tribunal debe siempre considerar con especial atención las soluciones adoptadas en una serie de casos consistentes”²³.

El Derecho internacional de protección de la salud pública también se ha visto enfrentado -o integrado- con el Derecho de las inversiones extranjeras²⁴. En *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. República Oriental de Uruguay, Philip Morris* demandó a Uruguay ante el CIADI, alegando que ciertas medidas regulatorias sobre el empaquetado de cigarrillos violaban el TBI Suiza-Uruguay. Los demandantes suizos controlaban la sociedad Abal Hermanos S.A., que comercializaba varias marcas de cigarrillos en Uruguay.

23 CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Laudo sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 182. En este mismo sentido, *vid.* CPA, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador*, Tercer laudo interino sobre jurisdicción y admisibilidad, Caso CPA No. 2009-23, 27 de febrero de 2012, párr. 4.21. La búsqueda de coherencia es más complicada por el hecho de que el Derecho de las inversiones se compone tanto de normas especiales como de principios generales del Derecho internacional. Por ello, la jurisprudencia debe ser coherente tanto en su dimensión interna, dentro del régimen especializado, como en su dimensión externa, en relación con los principios más amplios del Derecho internacional general. *Vid.* AKHAVAN, P.: “The Contribution of Investment Arbitration to the Rule of Law”, en AA.VV.: *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (ed. por A. MENAKER), ICCA Congress Series No. 19 (Mauritius 2016), Kluwer Law International, La Haya, 2017, pp. 77-82.

24 De forma similar, se ha sostenido que, en las controversias ante la OMC, los Grupos Especiales deberían considerar la salud pública y los derechos humanos al interpretar los tratados y el Derecho internacional consuetudinario. *Vid.* HONGJU KOH, H.: “Global Tobacco Control as a Health and Human Rights Imperative”, *Harvard International Law Journal*, vol. 57, 2016, pp. 433 y ss.

En 2008 y 2009, Uruguay adoptó dos medidas relevantes: la Regulación de la Presentación Única (RPU), que prohibía la venta de más de una variante por marca, y la Regulación del 80/80, que obligaba a cubrir el 80% de las carátulas o coberturas de los paquetes con advertencias sanitarias. *Philip Morris* alegó que estas medidas afectaban sus derechos marcarios y reducían el valor de su inversión. Uruguay defendió que las medidas se fundamentaban en obligaciones internacionales, particularmente el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT), y que su propósito era proteger la salud pública. El tribunal arbitral falló en favor de Uruguay²⁵.

2. La protección internacional de los derechos humanos.

La integración de los derechos humanos en sede de arbitrajes de inversión es todavía muy escasa²⁶. Es destacable el asunto *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos de América* en el que el tribunal arbitral utiliza la jurisprudencia del TEDH como criterio interpretativo, aunque sea con efectos meramente argumentativos:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha proporcionado ciertas orientaciones sobre esta cuestión en el marco del artículo 7 del Convenio Europeo, en el contexto de procesos penales, cuando el efecto de una nueva decisión judicial es imponer una responsabilidad penal que no existía -o que razonablemente podría no haber existido- en el momento en que se cometió el delito. Si existe alguna analogía con ello, esta es mucho más débil en el ámbito civil. Suponiendo, a efectos meramente argumentativos, que estándares de esta naturaleza pudieran

25 Sobre este asunto, *vid. extensamente* FERIA-TINTA, M.: “Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay”, *Journal of International Arbitration*, vol. 34, núm. 4, 2017, pp. 601-630.

26 Por ejemplo, en CIADI, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 261 el tribunal indicó: “La Demandada ha planteado también la cuestión de la compatibilidad del TBI con los tratados de derechos humanos. Este asunto ha sido apenas debatido por las partes, y el Tribunal no logra comprender la incompatibilidad invocada en las circunstancias del caso de autos. Los usuarios continuaron recibiendo los servicios sin interrupción por parte de ABA durante los cinco meses siguientes a la notificación de la rescisión y por parte de la nueva empresa provincial después de la transferencia del servicio.” También cabe citar CIADI, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo de 6 de febrero de 2007, párr. 354, en el que el tribunal arbitral determina que “Argentina ha alegado que, cuando un Estado expropia por razones sociales o económicas, no procede aplicar el valor de mercado justo, ya que ello limitaría la soberanía de un país -especialmente si se trata de países pobres- para emprender reformas. Sin embargo, Argentina no ha desarrollado este argumento, ni ha justificado por qué debería considerarse un país pobre, ni ha especificado qué reformas pretendía llevar a cabo en ese momento. En sus alegaciones, Argentina ha invocado el caso *Tecmed* como ejemplo a seguir en cuanto a la consideración del propósito y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. El Tribunal observa que dichas consideraciones formaron parte del análisis de ese tribunal sobre la existencia o no de una expropiación, y no de la determinación de la compensación. Asimismo, el Tribunal señala que el artículo I del Protocolo Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite un margen de apreciación que no se encuentra en el Derecho internacional consuetudinario ni en el Tratado.”. *Vid. ampliamente* DILLON, T. J.: “The Human Right of Freedom of Expression in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 40, núm. 2, 2023, pp. 179-210.

ser aplicables en virtud del artículo 1105(I), a juicio del Tribunal no se ha producido en el presente caso infracción alguna de tales estándares²⁷.

En *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. República de Turquía*, la controversia surge a raíz de un contrato celebrado en 2006 entre Emlak, empresa estatal turca, y una unión temporal liderada por *Tulip*, sociedad turca controlada por inversores neerlandeses, para desarrollar un proyecto inmobiliario en Estambul. Tras diversos incumplimientos contractuales y conflictos internos, Emlak resolvió el contrato en 2010 y ejecutó una garantía bancaria. En 2011, *Tulip* inició arbitraje CIADI con base en el TBI entre Turquía y los Países Bajos, alegando expropiación indirecta, denegación de trato justo y violación de otras garantías sustantivas. El tribunal, mediante laudo emitido en 2014, desestimó la demanda. Por mayoría, concluyó que los actos de Emlak no eran atribuibles al Estado conforme a los arts. 4, 5 y 8 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, y de forma unánime, que no se había producido infracción alguna al tratado.

Tulip solicitó la anulación del laudo invocando exceso de poderes, desviación procesal y falta de motivación. El Comité *ad hoc* rechazó en 2015 la solicitud en su totalidad. Afirmó que el tribunal arbitral había aplicado correctamente el Derecho internacional y había respetado el derecho de defensa. En este contexto, el Comité invocó expresamente el art. 31.3.c) de la Convención de Viena, reconociendo que los tratados deben interpretarse en conexión con otras normas relevantes del Derecho internacional, e indicó que los derechos humanos son relevantes para la interpretación del Convenio del CIADI:

“Las disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos relativas al derecho a un juicio equitativo, así como la práctica judicial correspondiente, son pertinentes para la interpretación del concepto de regla fundamental de procedimiento en el sentido del artículo 52, apartado I, literal d), del Convenio CIADI. Ello no implica introducir obligaciones ajenas al marco del Convenio. Por el contrario, acudir a fuentes provenientes del ámbito de los derechos humanos con este fin constituye un método legítimo de interpretación convencional²⁸.”

El asunto *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. República de Argentina* es de particular interés en tanto que el tribunal arbitral aplica el principio de integración sistémica, y porque Argentina interpuso demanda reconvenional acusando al inversor extranjero de haber vulnerado el Derecho humano al agua. Este caso se origina cuando las entidades españolas *Urbaser S.A.* y el *Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (CABB)*, tras integrar un consorcio adjudicatario, participan

27 CIADI, *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002, párr. 138.

28 CIADI, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre la solicitud de anulación, 30 de diciembre de 2015, párr. 92.

en la constitución de la empresa Aguas del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA) en diciembre de 1999, la cual obtiene una concesión para proveer servicios de agua potable y saneamiento en la Región B de la Provincia de Buenos Aires. La crisis económica argentina de 2001 derivó en la adopción de una serie de medidas por parte del Estado, como la “pesificación” de tarifas originalmente pactadas en dólares y la imposibilidad de ajustarlas según índices internacionales, lo que alteró la ecuación económico-financiera del contrato. En julio de 2006, la Provincia rescindió anticipadamente la concesión mediante decreto, lo que dio lugar a la reclamación arbitral de *Urbaser* y CABB por violaciones al tratado bilateral España-Argentina, alegando expropiación indirecta, trato injusto y discriminatorio, y negación de renegociación. Como ya hemos adelantado, Argentina respondió, entre otras cosas, con una demanda reconvenional fundamentada en la presunta violación del derecho humano al agua por parte de AGBA. En este caso, el tribunal arbitral, con cita del asunto *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. República de Turquía*, aplicó el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena e indicó que el Derecho de las inversiones extranjeras no puede interpretarse de manera aislada:

“El Tribunal señala, además, que el Pacto debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y que el Artículo 31, inciso 3(c) de ese Tratado indica que debe tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El TBI no puede interpretarse y aplicarse de manera aislada. El Tribunal debe tener claramente presente el objetivo especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas relevantes de derecho internacional. El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”²⁹.

Si bien la demanda reconvenional ejercitada por Argentina no resultó exitosa, merece la pena detenerse en ella en tanto que puede ser un indicativo de lo que puede suceder en el futuro en cuanto a la responsabilidad internacional no ya de los Estados sino de los inversores extranjeros particulares. Es bien sabido que el Derecho internacional general obliga a los Estados, organizaciones internacionales y otros sujetos de Derecho internacional, pero no, como regla general, a las personas físicas o jurídicas privadas³⁰. En este caso, el tribunal arbitral no acogió los argumentos de la demanda reconvenional y resolvió que el inversor extranjero no está obligado a promover la consecución de un Derecho humano al agua, pero

29 CIADI, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párr. 1200.

30 ÁLVAREZ, J. E.: “Are Corporations ‘Subjects’ of International Law”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011, pp. 1 y ss.

sí a no ejercitar acciones que impidan su consecución. En otras palabras, el inversor no tiene a este respecto una obligación de hacer, sino de no hacer:

“En consecuencia, si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua. De hecho, garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa concedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general. La situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares. Sin embargo, en lo que respecta al presente caso, no es eso lo que está en discusión”³¹.

En *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú* interesa traer a colación a los efectos del presente trabajo, el voto particular discrepante del Prof. Philippe SANDS, que, citando el asunto *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. República de Argentina* indicando que debió integrarse en el TBI Canadá Perú el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales:

“Asimismo, el Tribunal en *Urbaser* señaló que el TBI aplicable en dicho caso “debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”, y que el Artículo 42(1) del Convenio CIADI junto con la cláusula aplicable de dicho TBI (Artículo X(5)) disponían que “el Tribunal aplicará la legislación del Estado receptor “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Las mismas consideraciones son aplicables al presente caso en lo que respecta a los requisitos del Convenio 169 de la OIT y en particular a su Artículo 15 sobre los requisitos de consulta. El Artículo 837 del Tratado de Libre Comercio Canadá -Perú sobre Derecho Aplicable dispone que este Tribunal “resolverá los temas en controversia de conformidad con este Tratado y a las normas aplicables del

31 CIADI, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párr. 1210.

derecho internacional". El Convenio 169 de la OIT constituye una norma de derecho internacional aplicable al territorio de Perú. Este Tribunal tiene la facultad de considerar el Convenio en la determinación de si la Demandante cumplió con su obligación de dar efecto a las aspiraciones del pueblo Aymara de forma apropiada, teniendo en cuenta todos los requisitos legales pertinentes, incluso la aplicación de la legislación de Perú que lo implementa"³².

3. El Modelo TBI de la Academia Africana de Arbitraje.

El continente africano se ha situado a la vanguardia en materia de innovación jurídica en el ámbito del Derecho internacional de las inversiones. Muestra de ello es el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión (Modelo de TBI) elaborado por la Academia Africana de Arbitraje, el cual propone expresamente que los Estados africanos celebren tratados bilaterales de inversión que incluyan referencias claras al respeto de los derechos humanos³³. En particular, el art. 4.D.I(a), relativo a las excepciones a los estándares de trato no discriminatorio, dispone:

"Sin perjuicio del requisito de que tales medidas no se apliquen de forma arbitraria, nada de lo dispuesto en el presente artículo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte Contratante adopte o haga cumplir una medida diseñada y aplicada para proteger o promover un objetivo legítimo de bienestar público, como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, los derechos laborales, los derechos humanos, los derechos de los consumidores y el bienestar social".

Asimismo, el art. 6.4 establece, en relación con la expropiación y la compensación:

"Una medida de aplicación general adoptada por una Parte Contratante que esté diseñada y aplicada para proteger o promover objetivos de bienestar público -tales como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, los derechos laborales, los derechos humanos, el bienestar social o los derechos de los consumidores- no constituirá una expropiación indirecta, siempre que dicha medida: (a) persiga un fin público o de interés general; (b) se aplique de forma no discriminatoria, y (c) se adopte conforme al debido proceso legal".

En materia medioambiental, el art. 9.2 del Modelo de TBI establece:

32 SANDS, P.: Opinión parcialmente disidente. Caso CIADI No. ARB/14/21, *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, 12 de septiembre de 2017, párr. 10-11.

33 HERNÁNDEZ DURÁN, C., LOPES VEIGA, T. Y SILVA, A.: "Ubuntu: The Africa Arbitration Academy Model Bilateral Investment Treaty", *International Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, núm. 11, 2023, disponible en: <https://www.uria.com/en/publicaciones/8497-ubuntu-the-africa-arbitration-academy-model-bilateral-investment-treaty>

“Los Estados receptores deberán garantizar que el marco normativo y/o legislativo interno aplicable a las inversiones imponga a los inversores la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental y social conforme a los criterios señalados en el párrafo I del presente artículo, incluyendo el análisis de los efectos sobre los derechos humanos de las personas ubicadas en las zonas potencialmente afectadas por la inversión, así como el reconocimiento progresivo de esos derechos conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Adicionalmente, el Modelo de TBI contempla la imposición de obligaciones internacionales a los inversores extranjeros en materia de derechos humanos. En este sentido, el art. 10.I establece:

“Los inversores y sus inversiones deberán respetar los derechos humanos en el Estado receptor, incluyendo en el lugar de trabajo y en la comunidad en general. Los inversores y sus inversiones no deberán llevar a cabo ni inducir actos que vulneren dichos derechos”.

Resulta particularmente interesante que el Modelo de TBI proponga, además, la incorporación del concepto africano de *ubuntu* como criterio interpretativo de los tratados bilaterales. El propio texto define este principio en los siguientes términos:

“El principio de *ubuntu* se deriva del conocido proverbio africano *Umuntu ngumuntu nga bantu*, que puede traducirse literalmente como ‘una persona es persona en virtud de lo que otros miembros de la comunidad han hecho por ella’.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

El arbitraje de inversiones se encuentra ante una etapa de revisión crítica en la que se plantea la conveniencia de avanzar hacia una mayor armonización con el conjunto del Derecho internacional. En este contexto, el principio de integración sistémica ofrece una herramienta interpretativa que puede favorecer una lectura más coherente y contextualizada de los tratados de inversión.

El análisis de la práctica arbitral muestra que, si bien algunos tribunales han comenzado a incorporar normas de otras ramas del Derecho internacional -como el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho ambiental o el Derecho internacional del trabajo-, su acogida es todavía desigual. Casos como *Urbaser*, *Philip Morris* o *Tulip* reflejan esfuerzos relevantes en esta dirección, aunque no exentos de ambigüedades y límites en cuanto al alcance de dicha integración. En general, los tribunales parecen más proclives a aceptar estas normas cuando refuerzan la legitimidad de medidas regulatorias estatales que cuando desafían la lógica protectora del régimen de inversiones.

La coexistencia de distintos intereses jurídicos -protección de la inversión, salvaguarda del interés público, respeto de obligaciones internacionales generales- plantea desafíos interpretativos que invitan a adoptar un enfoque más estructural. El principio de integración sistémica, consagrado en el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, proporciona una vía para abordar esta complejidad sin desbordar el marco normativo existente. No se trata de jerarquizar áreas del Derecho internacional, sino de reconocer que los tratados de inversión no operan en el vacío, y que su interpretación debe realizarse teniendo en cuenta el entorno normativo más amplio en el que se insertan.

Reforzar el uso del principio de integración sistémica podría contribuir a reducir los márgenes de fragmentación normativa y dotar al arbitraje de una mayor sensibilidad institucional ante valores compartidos. El hecho de que algunos tribunales hayan comenzado a citar expresamente el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena es un indicio de que se abre camino una práctica interpretativa más contextualizada, aunque su desarrollo futuro dependerá en buena medida del perfil y formación de los árbitros, así como del impulso doctrinal y estatal.

Desde esta perspectiva, integrar normas internacionales relevantes no constituye una desviación del mandato del tribunal, sino una manifestación de la lógica interpretativa que subyace al sistema jurídico internacional en su conjunto. Este enfoque no impone al arbitraje de inversiones un contenido externo, sino que refuerza su coherencia con los compromisos jurídicos generales de los Estados.

Sin necesidad de alterar el diseño estructural del arbitraje de inversiones, el recurso al principio de integración sistémica permite avanzar hacia una interpretación más equilibrada y sistemática. Esto no solo favorece la convergencia entre protección de inversiones y respeto de otros compromisos internacionales asumidos por los Estados, sino que también puede reforzar la legitimidad institucional de la propia institución arbitral en contextos donde su autonomía ha sido objeto de cuestionamiento.

BIBLIOGRAFÍA

AKHAVAN, P.: "The Contribution of Investment Arbitration to the Rule of Law", en AA.VV.: *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (ed. por A. MENAKER), ICCA Congress Series No. 19 (Mauritius 2016), Kluwer Law International, La Haya, 2017.

ALVAREZ, J. E.:

- "Are Corporations 'Subjects' of International Law", *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011.
- "Is Investor-State Arbitration 'Public'?", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, núm. 3, 2016.
- *The Public International Law Regime Governing International Investment*, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 344, Brill/Nijhoff, La Haya, 2011.

ANZIZU, H. Y REISCH, N.: "Investor-State Disputes, the Climate Emergency, and the Duty to Regulate Fossil Fuels: A Human Rights Perspective", en AA.VV.: *Investment Arbitration and Climate Change* (eds. por A. MAGNUSSON y A. IPP), Kluwer Law International, La Haya, 2023.

BENEDETTELLI, M.: "Determining the Applicable Law in Commercial and Investment Arbitration: Two Intertwined Road Maps for Conflicts-Solving", en AA.VV.: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, núm. 3, 2022.

BISCHOFF, J. A.: "Investment arbitration", en AA.VV.: *Encyclopedia of Private International Law* (eds. J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI y P. DE MIGUEL ASENCIO), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2017.

BUTLER, P.: "Human Rights in International Commercial and Investment Arbitration", en AA.VV.: *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (eds. por S. M. KRÖLL, A. K. BJORKLUND y otros), Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

CHEN, R. C.: "Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration", *Harvard International Law Journal*, vol. 60, 2019

DILLON, T. J.: "The Human Right of Freedom of Expression in Investor-State Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 40, núm. 2, 2023.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones: dos dogmas de la modernidad sometidos a revisión", en AA.VV.: *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica* (coord. por C. ESPLUGUES MOTA y S. BARONA VILAR), Tirant, Valencia, 2020.

FERIA-TINTA, M.: "Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay", *Journal of International Arbitration*, vol. 34, núm. 4, 2017.

FERRERES COMELLA, V.: *The Constitution of Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

GISMONDI, G. E.: "The Principle of Systemic Integration in International Investment Law", en AA.VV.: *International Environmental Law and International Human Rights Law in Investment Treaty Arbitration* (ed. por G. E. GISMONDI), Kluwer Law International, La Haya, vol. 68 de la colección *International Arbitration Law Library*, 2023.

HERNÁNDEZ DURÁN, C., LOPES VEIGA, T. y SILVA, A.: "Ubuntu: The Africa Arbitration Academy Model Bilateral Investment Treaty", *International Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, núm. 11, 2023.

HONGJU KOH, H.: "Global Tobacco Control as a Health and Human Rights Imperative", *Harvard International Law Journal*, vol. 57, 2016.

MCLACHLAN, C.: "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, 2005.

ZAMBRANA TÉVAR, N.: *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

