



OBSERVATORIO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO

Revista

OBSERVATORIO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO

Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe · IEALC

ISSN 1853-2713

<https://publicaciones.sociales.uba.ar/observatoriolatinoamericano/>

Volumen 6 · Número 1 (enero-junio, 2022)

La protección del ambiente en los Tratados Bilaterales de Inversión: contribuciones desde Argentina

Pablo Damián Colmegna

RECIBIDO: 18 de abril de 2022

APROBADO: 30 de mayo de 2022

La protección del ambiente en los Tratados Bilaterales de Inversión: contribuciones desde Argentina

Pablo Damián Colmegna
UBA – CLACSO

Resumen

El presente trabajo analiza, en primer lugar, las discusiones en torno a la inclusión de estándares de derechos humanos en el régimen internacional de las inversiones. En segundo lugar, se explica el proceso de reverdecimiento de los derechos humanos por el cual resultan aplicables para la protección del ambiente, incluyendo las medidas vinculadas con el cambio climático. En tercer lugar, se analiza de qué manera los tratados bilaterales de inversión (TBI) ratificados por Argentina permiten interpretar que el Estado puede adoptar medidas para la protección de los derechos humanos y el ambiente, incluyendo el combate contra el cambio climático. En cuarto lugar, se analizará de qué manera la Argentina contribuye para que la protección de los derechos humanos y el ambiente se incluya entre las cláusulas de los nuevos TBIs y en las discusiones que se dan en los distintos foros en los que se discuten reformas al régimen internacional de las inversiones, como ocurre en UNCTAD, CIADI y UNCITRAL.

Palabras clave: *ambiente – inversiones – derechos humanos – cambio climático – inversores*

Abstract

This paper analyzes starts by analyzing the discussions around the inclusion of human rights standards in the international investment regime. Second, it explains the greening process of human rights by which they are applicable to the protection of the environment, including measures related to climate change. Third, it analyzes how the bilateral investment treaties (BITs) ratified by Argentina allow interpreting that the State can adopt measures for the protection of human rights and the environment, including the fight against climate change. Fourth, it states how Argentina contributes so that the protection of human rights and the environment is included among the clauses of the new BITs and in the discussions that take place in the different forums in which reforms to the BIT are discussed, as it happens in UNCTAD, ICSID and UNCITRAL.

Keywords: *Environment – Investment – Human Rights – Climate Change*

1. Introducción

En 1994 Argentina decidió reformar su Constitución Nacional y, entre esas reformas, se incluyeron los derechos ambientales y un compromiso expreso por el respeto de los derechos humanos consagrado en la inclusión de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la Carta Fundamental. Asimismo, desde la década del 90 del siglo XX, Argentina ha sido uno de los Estados que más Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante, TBIs) celebró. Sin embargo, en ellos no se observan referencias claras a la protección de los derechos humanos o el ambiente. Esa ausencia sería luego arreglada, en parte, en el caso *Urbaser* de 2016 en el que Argentina presentó una defensa centrada en argumentos de derechos humanos a raíz de la cual el

tribunal arbitral se pronunció sobre la posibilidad de que los inversores tengan obligaciones de derechos humanos.

Esta falta de referencia a los derechos humanos y el ambiente no es menor, considerando que el derecho internacional de los derechos humanos viene desarrollando, en los últimos años, estándares aplicables a las actividades de las empresas y los inversores. Asimismo, el reverdecimiento de los derechos humanos, que se desarrolla de manera reciente, implica que las obligaciones de derechos humanos también se imponen para la protección del ambiente, tal como fue establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Lhaka Honhat* en 2020 en el que Argentina fue condenada. Más aún, dichos estándares también abarcan las medidas que los Estados deben adoptar en su lucha contra el cambio climático, lo que fue objeto de análisis en un caso de 2021, también contra Argentina, ante el Comité sobre los Derechos del Niño.

En la misma línea, los tribunales arbitrales también han tenido que lidiar con casos ambientales en los que el inversor reclama contra la adopción de medidas estatales contrarias a las cláusulas del TBI, lo que revela la tensión con los poderes regulatorios del mismo Estado aplicados para el cumplimiento de obligaciones ambientales y/o de derechos humanos.

En este contexto, cabe destacar que la crisis de legitimidad que atraviesa el régimen internacional de las inversiones favorece la discusión en torno a la inclusión de los estándares ambientales y de derechos humanos en las cláusulas de los nuevos acuerdos internacionales de inversión o en los procesos de reforma que se discuten en ámbitos tales como UNCITRAL, UNCTAD y CIADI.

Por tal motivo, el presente trabajo analiza, en primer lugar, las discusiones en torno a la inclusión de estándares de derechos humanos en el régimen internacional de las inversiones. En segundo lugar, se explica el proceso de reverdecimiento de los derechos humanos por el cual resultan aplicables para la protección del ambiente, incluyendo las medidas vinculadas con el cambio climático. En tercer lugar, se analiza de qué manera los TBIs ratificados por Argentina permiten interpretar que el Estado puede adoptar medidas para la protección de los derechos humanos y el ambiente, incluyendo el combate contra el cambio climático. En cuarto lugar, se analizará de qué manera Argentina contribuye para que la protección de los derechos humanos y el ambiente se incluya entre las cláusulas de los nuevos TBIs y en las discusiones que se dan en los distintos foros en los que se discuten reformas al régimen internacional de las inversiones, como ocurre en UNCTAD, CIADI y UNCITRAL.

De esta manera, el presente trabajo busca aportar herramientas que permitan identificar de qué manera Argentina se inserta en el debate en torno a la incorporación de estándares

de derechos humanos y ambiente en el régimen internacional de las inversiones, a fin de incorporarlos en futuros tratados de manera tal de reforzar su protección.

2. Los estándares de derechos humanos en el régimen internacional de las inversiones

Para empezar, Roberts (2013) y Douglas (2004) señalan que los TBIs se asemejan a los tratados de derechos humanos por cuanto se celebran entre Estados y tienen por objetivo regular la actividad de actores no estatales a los que les permite cuestionar las medidas estatales ante órganos internacionales.

A pesar de estas similitudes, Simma (2011) entiende que la escasa incorporación de estándares provenientes del derecho internacional de los derechos humanos está en el trasfondo del rechazo al régimen internacional de las inversiones. Por tal motivo, este autor sostiene que ambas ramas del derecho no son “dos mundos separados” o regímenes autónomos, sino que ambos tienen en común la protección de la persona contra el poder del Estado. Destaca que el respeto de los derechos humanos es una exigencia básica para cualquier Estado “decente” que incide en sus poderes regulatorios frente a los derechos que pueda tener el inversor. Simma (2011) señala que esta colisión entre cláusulas con derechos para el inversor y normas de derechos humanos que establecen obligaciones para el Estado es inevitable, dado que ambas están destinadas a perdurar en el tiempo: por un lado, los contratos que firman los inversores, que pueden durar décadas y que pueden repercutir en distintas áreas como el manejo de recursos naturales hasta la privatización de servicios públicos; por el otro, el Estado con obligaciones, principalmente que surgen del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), de respetar, proteger y cumplir los derechos allí consagrados. El autor señala que una forma de solucionar esta tensión es que los inversores tengan en cuenta el costo de tener que cumplir con regulaciones que protegen esos derechos, mientras que para el Estado la exigencia está en compatibilizar las facilidades otorgadas a los inversores con sus poderes regulatorios, de manera tal de poder cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Sin embargo, Simma (2011) destaca que esta forma de abordar el problema resulta difícil debido a la forma en que están diseñados los TBIs y los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversores. Por tal motivo, destaca que el primer paso para armonizar los derechos de los inversores con las obligaciones de derechos humanos es la reformulación de los TBIs existentes. Eso viene ocurriendo al menos desde el año 2007 y las reformas incluyen 1) la inclusión de tratados de derechos humanos como ley aplicable; 2) la incorporación de disposiciones específicas de derechos humanos en el propio TBI; 3) la interpretación de normas del TBI tomando en consideración los estándares

elaborados en la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos, tomando como base el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT).

Sobre este último punto, Simma (2011) señala que ello es posible en tanto el propio TBI permita tomar en consideración otras normas de derecho internacional aplicables. Según el autor, ello es posible si se aplica la noción de interpretación evolutiva o dinámica utilizada por la Corte Internacional de Justicia, según la cual los tratados utilizan términos legales conocidos que las partes reconocen que pueden cambiar con el paso del tiempo. Asimismo, se puede recurrir al concepto según el cual se presume que los tratados producen efectos de conformidad con las reglas existentes de derecho internacional.

Asimismo, Simma (2011) destaca la existencia del artículo 31.3.c de la CVDT como herramienta para incorporar las normas de derechos humanos a la interpretación de un TBI, su naturaleza de norma consuetudinaria y su caracterización como “llave maestra” del derecho internacional efectuada por la Comisión de Derecho Internacional. Sostiene este autor, entonces, que para que una norma de derechos humanos pueda ser interpretada por un tribunal arbitral en el marco del artículo 31.3.c CVDT es necesario que se trate de una “norma”, “relevante” y “aplicable en la relación entre las partes”, requisitos que el derecho internacional de los derechos humanos cumple. En particular, destaca que la aplicación del PIDESC es posible cuando ambas partes en el TBI también lo son de dicho tratado. En tal sentido, especifica que las normas de ese tratado, y las interpretaciones efectuadas por el Comité DESC en sus observaciones generales, deben informar la interpretación de un TBI por parte de un tribunal arbitral. Así, destaca la interpretación del Comité DESC en sus observaciones generales en torno a las obligaciones de respetar y proteger. En cuanto a la primera, pone como ejemplo que el Estado viola su obligación de respetar el derecho a la salud al firmar un acuerdo con una empresa que no lo toma en cuenta, lo que puede resultar relevante para interpretar las excepciones vinculadas con la salud y el ambiente que están presentes en las cláusulas de algunos TBIs. En cuanto a la segunda, y siguiendo el mismo ejemplo, el Estado viola su obligación de proteger cuando no se regulan las actividades de una empresa para proteger la salud de terceros o para prevenir la contaminación ambiental. Otros de los aspectos que resultan relevantes es el concepto de niveles mínimos esenciales de cada derecho elaborado por el Comité DESC en la Observación General 3, que puede resultar clave en la interpretación de las cláusulas sobre emergencia nacional y necesidad como ocurrió en los casos contra Argentina.

Por su parte, Kube y Petersman (2016) identifican “puntos de entrada” que, en caso de que las cláusulas de jurisdicción o de ley aplicable no lo permitan no sean claras, hacen posible la argumentación fundada en derechos humanos ante un tribunal arbitral. Estos puntos

de entrada refieren a las cláusulas de legalidad de inversión (que implica que el inversor no puede hacer un reclamo internacional cuando viola la ley interna, incluyendo los tratados de derechos humanos); 2) interpretación de tratados conforme al art. 31.3.c. de la CVDT; 3) El preámbulo, cuando tiene referencias a derechos humanos; 4) Medidas adoptadas para la protección de los derechos humanos; 5) el laudo sobre reparaciones pueden volver a plantearse argumentos de derechos humanos (pp. pp. 21-26).

Una vez que se incorporan las interpretaciones provenientes del derecho internacional de los derechos humanos resta responder a la pregunta de cómo se balancean con los derechos de los inversores. Para ello Simma (2011) toma en consideración un informe elaborado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de 2003 según el cual los derechos humanos son fundamentales para la dignidad humana mientras que los derechos de los inversores son instrumentales para el logro de objetivos económicos que, sin embargo, no son indispensables para la dignidad humana (p. 591).

Es Deva (2021) el autor que destaca que los Estados no solo tienen un derecho a regular a los inversores, sino que tienen una obligación innegociable e indelegable que surge del derecho internacional de los derechos humanos (p. 318). Este autor centra su análisis en el actual proceso de reforma de los TBIs existentes a fin de que incorporen cláusulas que reconozcan los poderes regulatorios del Estado y que establezcan obligaciones para los inversores. Así sostiene que el proceso de reforma debe abordarse en serio y que no basta con una mera mención al desarrollo sostenible en el preámbulo de un TBI, o la formulación de una cláusula sobre Responsabilidad Social Empresaria en términos no vinculantes. Sostiene que el Estado debe proteger los intereses legítimos de inversores y no inversores y los mecanismos de resolución de controversias deben contemplar los reclamos de la comunidad frente a los inversores. En cuanto a la incorporación de los estándares de derechos humanos en la interpretación de los TBIs, Deva propone que se los considere, como mínimo, *primus inter pares* en relación con otras ramas de derecho internacional. Agrega que también los árbitros, Estados, inversores y académicos no deben abordar el DIDH, el régimen internacional de las inversiones, o el derecho internacional ambiental como compartimentos estancos, sino que deben aplicar un enfoque holístico. Es decir, que los Estados deben negociar TBIs teniendo en cuenta sus obligaciones de derechos humanos, o los inversores deben considerar sus responsabilidades en la materia antes de invertir o de iniciar un reclamo ante un tribunal arbitral. Finalmente, destaca que los propios TBIs deberían establecer obligaciones para los inversores en términos vinculantes.

Por su parte, Muchlinski (2017) realiza un análisis de los TBIs en vigor y nota que la referencia a los derechos humanos es prácticamente inexistente, con algunas menciones en el preámbulo (p. 349). De acuerdo al mapeo elaborado por UNCTAD sobre 2574 TBIs,

223 contienen referencias a cuestiones relacionadas con la inversión social, tales como trabajo y salud, entre las que también se encuentran referencias a los derechos humanos. Sin embargo, se requiere otro estudio para determinar cuántos de esos 223 TBIs refieren expresamente a las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

En su análisis, Muchlinski (2017) destaca el TBI modelo de India de 2015 que menciona el cumplimiento de derechos humanos por parte del inversor, entendiendo por derechos humanos a aquellas normas del Estado receptor de inversiones. En cuanto a la inclusión de interpretaciones basadas en derechos humanos en los laudos arbitrales, el autor destaca que no hubo avances significativos, con algunas referencias en casos de expropiación en casos en los que se analizaba la proporcionalidad en el trato del Estado hacia el inversor. Así, destaca el caso *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi v. Argentina* en los que el tribunal arbitral rechazó el argumento estatal en virtud del cual las medidas adoptadas eran necesarias para hacer frente a una crisis que impactaba sobre los derechos de las personas e indicó que las medidas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos y las que surgen de un TBI no son “inconsistentes, contradictorias o mutuamente excluyentes”. También destaca el caso de *Biwater v. República Unida de Tanzania* en el que el Tribunal arbitral reconoció el interés público alegado por el Estado en torno a las medidas adoptadas frente a una compañía de agua privatizada, aunque no entró en detalle sobre los argumentos anclados en derechos humanos. Por último, el autor describe el caso *Foresti v. Sudáfrica*, en el cual los inversores alegaban una expropiación indirecta por las medidas adoptadas por el Estado para revertir la discriminación estructural en ese país como consecuencia del Apartheid. Si bien este proceso fue discontinuado por los inversores quienes alegaban que el Estado había ofrecido una compensación parcial. Muchlinski (2017) destaca que la sensibilidad del tema y el involucramiento de una coalición de ONGs y de la Comisión Internacional de Juristas son otros factores que pueden explicar ese desistimiento. También señala el caso *Glamis Corp v. Estados Unidos* en el que se rechazó el argumento del inversor centrado en una expropiación indirecta como consecuencia del retiro de la autorización para la realización de un emprendimiento en territorios indígenas. A pesar de haber recibido *amicus curiae* con argumentos de derechos humanos, el Tribunal omitió pronunciarse al respecto. En otros casos, el tribunal directamente rechazó la consideración de *amicus curiae* centrados en derechos humanos. Esto fue lo que ocurrió en los casos *Border Timbers y otros v. Zimbabwe* y *Bernhard von Pezold y otros v. Zimbabwe* en los que el tribunal arbitral, centrándose en argumentos procesales, rechazó la presentación del *amicus curiae* del European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) y cuatros representantes de las comunidades afectadas, en el cual se alegaba, entre otras cosas, que la no consideración de argumentos de derechos humanos implicaría que el laudo estaría

jurídicamente incompleto. Finalmente, en el caso *Channel Tunnel Group v. Reino Unido y Francia* el tribunal arbitral rechazó considerar argumentos de derechos humanos presentados por el inversor, respecto al derecho de disfrutar pacíficamente de su propiedad, contemplado en el Protocolo 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, bajo el argumento de que el acuerdo de concesión firmado con el Estado no contiene ningún compromiso contractual por el cual el Estado se obligue a cumplir con la ley nacional o europea.

Por su parte, Schreuer (2009), autor de la obra más influyente sobre inversiones según Waibel (2022), destaca en su comentario al Convenio CIADI que la falta de aplicación de normas del derecho internacional, entre las que se incluyen las normas básicas de derechos humanos, por un tribunal arbitral revela un exceso de poder y sujetará el laudo al proceso de anulación (p. 976). Estas normas resultan relevantes, por ejemplo, para la determinación de cuándo una medida estatal se adoptó para proteger el orden público y, por lo tanto, no está sujeta a la revisión por parte del tribunal arbitral. Sin embargo, Schreuer (2009) también destaca que los tratados de derechos humanos han sido invocados sin éxito ante los tribunales y toma como referencia los casos CMS, Azurix y Siemens contra Argentina.

En tal sentido, se observa que, si bien existe una variedad de casos en los que los tribunales arbitrales han tenido que lidiar con argumentos sobre la aplicación de estándares de derechos humanos, el abordaje no siempre fue parejo. Así, Kriebaum (2020) identifica 10 escenarios que se han dado ante tribunales arbitrales: a) falta de jurisdicción sobre asuntos que involucren derechos humanos; b) no interpretación de TBIs a la luz de los principios de derechos humanos debido a que la situación legal es diferente bajo la aplicación de tratados de protección de las inversiones; c) los derechos del inversor ofrecen una protección mayor y más específica en comparación con los instrumentos de derechos humanos; d) insuficiente fundamentación en la invocación de argumentos con base en derechos humanos; e) los derechos humanos forman parte del derecho aplicable; f) inspiración en el enfoque aplicado por órganos de derechos humanos cuando el Estado demandado es parte del correspondiente tratado de derechos humanos; g) inspiración en el enfoque aplicado por órganos de derechos humanos aun cuando el correspondiente tratado de derechos humanos no resulta aplicable; h) una violación grave de los derechos humanos por el inversor conlleva una pérdida de protección de la inversión; i) el tribunal arbitral decide de conformidad con los derechos humanos pero sin invocarlos; j) falta de consistencia entre las obligaciones de derechos humanos y las que surgen de los tratados de inversiones (p. 156-157).

Según el desarrollo de Kriebaum (2020), se observa que estos supuestos tuvieron lugar en casos que involucran a Estados de América Latina, en su mayoría contra Argentina. Así, el

supuesto b) tuvo lugar en el caso *Siemens v. Argentina*; el supuesto d) tuvo lugar en los casos *Azurix v. Argentina*; el supuesto e) tuvo lugar en el caso *Urbaser v. Argentina*; el supuesto g) tuvo lugar en el caso *Perenco v. Ecuador* y *El Paso v. Argentina* y *Tecmed v. México*; finalmente, el supuesto j) se observó en el caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, *Suez v. Argentina* y *SAUR v. Argentina*.

2.1. El surgimiento del derecho internacional ambiental y el reverdecimiento del derecho internacional de los derechos humanos

Destaca Bodansky (2020) que el derecho internacional ambiental se desarrolló en los últimos 30 años. Se caracteriza por tener regímenes de tratados dinámicos, esto es, instrumentos que están diseñados para ser adaptados a nuevos desafíos. De tal manera, se adoptan convenios marco que permiten la gobernanza sobre un determinado tema, y cuando se alcanza consenso, deriva en la adopción de un protocolo con respuestas regulatorias (p. 3-4). Asimismo, también se caracterizan por ser dinámicos, permitiendo procesos de enmienda en tiempos relativamente cortos. Otra de las características distintivas es que tienen como órgano la Conferencia de Estados Parte, en la que se discuten, negocian y redactan reformas al texto del tratado. Otra de las características salientes es la participación de actores privados, entre ellos empresas, en la elaboración de códigos de conducta, estándares para la elaboración de informes ambientales y etiquetado verde. Actualmente, los tratados sobre ambiente abarcan cuestiones tales como conservación de la naturaleza, contaminación marina, lluvia ácida, protección de la capa de ozono, transporte transnacional de sustancias tóxicas, cambio climático, biodiversidad, desertificación, comercio de químicos y pesticidas, mercurio, estudios de impacto ambiental y participación pública, entre otros (p.7).

Desde 2015, la protección del ambiente se rige bajo los parámetros del desarrollo sostenible. Según Schrijver (2020) el desarrollo sustentable se encuentra en la intersección de tres ramas del derecho internacional: derecho ambiental, derecho económico y derechos humanos (p. 298). Schrijver (2020) describe 7 principios que rodean al desarrollo sustentable: uso sustentable de los recursos naturales, desarrollo macroeconómico, conservación, equidad presente e intergeneracional; dimensión temporal a corto y largo plazo; derechos humanos, participación pública y justicia; y integración de las tres ramas del derecho mencionadas para lograr el desarrollo sustentable (p. 299). Si bien fue reconocido en 2015 con la adopción de los Objetivos para el Desarrollo Sustentable en el marco de las Naciones Unidas, ya se habían incluido en diversos tratados. Incluso la Corte Internacional de Justicia hizo referencia al desarrollo sustentable como el equilibrio entre

el desarrollo económico y la protección del ambiente en los casos *Gabčíkovo-Nagymaros*, *Argentina vs. Uruguay* y *Costa Rica vs. Nicaragua*.

Si bien desde el siglo XIX existen tratados que regulan distintos recursos naturales, fue recién a partir de 1972 que la idea del ambiente como objeto de protección tuvo lugar en la comunidad internacional y, a su vez, tuvo lugar la primera mención al derecho humano a vivir en un ambiente saludable con la Declaración adoptada en la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, lo que sería posteriormente reafirmado en las Conferencias de Río en 1992 y 2012.

Asimismo, hasta el año 1991, la única decisión ambiental había tenido lugar en el arbitraje del *Trail Smelter*. Desde entonces, la CIJ se ha encargado de abordar la interpretación y aplicación de normas ambientales en la opinión consultiva sobre *Armas Nucleares* y en los casos *Uruguay v. Argentina* y *Costa Rica v. Nicaragua*. Asimismo, Bodansky (2020) destaca el incremento de interpretaciones provenientes de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, como el SIDH y el sistema europeo (p. 16). En cuanto derecho humano, el derecho a un ambiente sano fue convencionalmente reconocido en la Carta Árabe de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Aarhus y recientemente en el Acuerdo de Escazú.

El Acuerdo de París de 2015 reconoce en su preámbulo de la relación entre derechos humanos y la lucha contra el cambio climático y señala que las partes deben “respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos”.

A nivel universal, la primera referencia a la relación entre ambiente y derechos humanos se realizó a través de una resolución de la Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 2008 en la que señaló el impacto que el cambio climático tiene sobre los derechos humanos y decidió encargar al Alto Comisionado para los Derechos Humanos un estudio al respecto. Posteriormente, a iniciativa de Costa Rica, Suiza y las Maldivas, se adoptó la resolución 19/10 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la cual se creó la figura del experto independiente sobre ambiente y derechos humanos. Finalmente, en 2016, el Consejo adoptaría la resolución 31/8 sobre derechos humanos y ambiente.

Por su parte, Knox y Pejan (2018) destacan que, a pesar de haber sido reconocido como un derecho en la mayoría de los Estados y sistemas regionales, la protección del ambiente no goza de un estatus de protección universal (2018:2). Por su parte, Boyd (2018) destaca que al menos 100 Estados han reconocido el derecho a un ambiente sano en sus

constituciones y que 155 Estados lo reconocen mediante una norma interna o internacional (2018: 18).

En 2012, Boyle (2012) llamó la atención sobre la creciente cantidad de casos ambientales presentados ante tribunales de derechos humanos que hacía necesario abordar el fenómeno del reverdecimiento de los derechos humanos como consecuencia de la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos desde una perspectiva ambiental (2012:614). Ese mismo año, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente, procedimiento especial en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, abordó la tarea de mapear las normas y decisiones sobre ambiente y derechos humanos. Así emitió 14 informes, con un total de 750 páginas, relativos a distintos tratados y sistemas regionales¹. El resumen de las conclusiones de este trabajo se presentó en un informe de 2014 (Knox, 2013 y 2018) y culminó con la elaboración de los principios sobre ambiente y derechos humanos en 2018.

Según Knox y Pejan (2018), las obligaciones de derechos humanos vinculadas a la protección del ambiente se dividen en procedimentales, sustantivas y aquellas centradas en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Las obligaciones procedimentales exigen que el Estado: evalúe impactos ambientales y permita el acceso a la información; permita la participación, incluidos los derechos de asociación y libertad de expresión; permita el acceso a la justicia para aquellos afectados. Las obligaciones sustantivas, por su parte, requieren que el Estado adopte regulaciones tanto para el sector privado como para las agencias estatales, que protejan la vida y la salud, de una manera no regresiva, y que sean efectivamente aplicables. Finalmente, las obligaciones para los sectores en situación de vulnerabilidad implican que las medidas de protección del ambiente, tanto procedimentales como sustantivas, no pueden aplicar de manera discriminatoria. Este autor señala que, si bien muchos Estados ya reconocieron el derecho a un ambiente sano, su reconocimiento a nivel universal mediante un tratado permitiría consolidarlo como un derecho y definir sus alcances, por ejemplo respecto de los derechos de las generaciones futuras o los derechos intrínsecos de la naturaleza.

Entre los 14 informes elaborados por el Experto Independiente existe uno dedicado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Allí se señala que las decisiones de los órganos del SIDH en materia ambiental tuvieron como base los derechos tales como vida, integridad personal, propiedad, salud, niños e igualdad. La CIDH desde el año 1997 había señalado que la contaminación ambiental implicaba una violación al derecho a la vida (CIDH, 1996). Por su parte, en el año 2009 la Corte IDH había destacado por primera vez

¹ Los 14 informes están disponibles en:
<https://www.ohchr.org/en/issues/environment/srenvironment/pages/mappingreport.aspx>

el vínculo innegable entre la protección del ambiente y el disfrute de los derechos humanos (caso *Kawas Fernández v. Honduras*).

A nivel del sistema interamericano destaca no sólo la recepción de los estándares sobre empresas y derechos humanos sino también la elaboración de estándares para la protección del ambiente. Así, en el informe sobre Empresas y Derechos Humanos de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sostuvo que “la obligación de respeto implica que los Estados deban abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos” (REDESCA, 2019) como por ejemplo la adopción de “acuerdos de inversión o comercio en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos”. En relación con el ambiente, la CIDH sostuvo que no sólo los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales, sino también las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica”.

En el caso *Kaliña Lokono v. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) recurrió a los Principios Rectores de 2011 para señalar que si bien las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos de manera directa “los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas” (Caso *Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam*).

En la *Opinión Consultiva N° 23* sobre medio ambiente y derechos humanos la Corte IDH se pronunció sobre las obligaciones que tiene el Estado de regular, supervisar y fiscalizar las actividades que puedan dañar el ambiente, lo que aplica a la actuación de las empresas. En relación con la obligación de regular, la Corte IDH precisó que los Estados donde se encuentra registrada una empresa tienen la obligación de regular sus actividades, aún cuando esas actividades se desarrollen fuera de su territorio. A su vez, la Corte enfatizó que si bien los Estados tienen el deber de supervisar y regular de conformidad con los Principios Rectores “las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.

Finalmente, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre la relación entre las obligaciones que surgen de los TBIs y las que surgen de los tratados de derechos humanos. Así, en el caso *Sawhoyamaya v. Paraguay* de 2006, el Estado argumentó haber adoptado medidas en virtud del TBI Paraguay-Alemania. La Corte respondió que, si bien no tenía presente el texto de ese instrumento, “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no

justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana” y estableció que “su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana”.

2.2. Derechos humanos y cambio climático

Otra fuente de obligaciones específicas para el Estado surge de la relación entre los derechos humanos y el ambiente en el marco de la lucha contra el cambio climático. El primer reconocimiento de esta interrelación se dio en 2007 con la Declaración de Malé sobre la Dimensión Humana del Cambio Climático Global, en la que se reconoció el derecho a un ambiente sano como aquel capaz de sostener a la sociedad humana y el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Según Rajamani (2018) la Convención Marco de las Naciones Unidas contra el Cambio Climático (UNFCCC por sus siglas en inglés) y el Protocolo de Kyoto no contenían referencias al derecho a un ambiente sano, aunque contenían referencias directas, o indirectas, a los derechos a la vida, salud y alimentación. Asimismo, en las Conferencias de Cancún, en la que participaron los Estados parte de la UNFCCC se hizo referencia al respeto pleno de los derechos humanos en todas las acciones vinculadas a la lucha contra el cambio climático. Asimismo, la UNFCCC contiene referencias a la participación pública y al acceso a la información en el artículo 6.a (2018:239).

Rajamani (2018) también indica que, posteriormente, en el Acuerdo de París adoptado en 2015, luego de 4 años de negociaciones, si bien se incluyó la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático, no contiene una expresa mención al derecho a un ambiente sano o a la estabilidad climática. Cabe destacar que los actores que participaron en el proceso de negociaciones tampoco bregaron por la inclusión del derecho al ambiente, sino que se centraron en otros derechos tales como vida, salud y alimentación (2018:243). Fue a iniciativa de Costa Rica, apoyada por otros 17 Estados, que se suscribió el Compromiso de Ginebra para la Acción Climática para compartir prácticas y conocimientos entre expertos de derechos humanos y ambiente.²

Señala Rajamani (2018), a diferencia de la postura sostenida por el Alto Comisionado para los Derechos humanos, que llama a los Estados a tomar acciones para prevenir violaciones a los derechos humanos causadas por el cambio climático, el Acuerdo de París refiere que los Estados deben tener en cuenta sus obligaciones en derechos humanos al tomar medidas contra el cambio climático (2018:243).

² Esta iniciativa también fue suscripta por Chile, Guatemala, México, Panamá, Perú y Uruguay.

Actualmente, los órganos internacionales de protección de derechos humanos han comenzado a pronunciarse de manera tal de generar estándares que vinculan derechos humanos, ambiente y cambio climático.

Ya en el marco de la negociación del Acuerdo de París, los representantes de los Procedimientos Especiales de Naciones Unidas remitieron una carta abierta para que los Estados incluyeran referencias a las obligaciones de respetar, proteger, promover y cumplir al hacer mención a la toma de medidas vinculadas con el cambio climático (UNFCCC, 2014).

En 2019, cinco Comités de Naciones Unidas (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus familias, el Comité sobre los Derechos del Niño y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, emitieron un comunicado para resaltar el riesgo que el cambio climático implica para la vigencia de los derechos humanos tales como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda adecuada, el derecho a la salud, el derecho al agua y los derechos culturales. En tal sentido, destacaron que “los Estados partes tienen la obligación, tanto dentro como fuera de su territorio, de respetar, proteger y hacer efectivos todos los derechos humanos de todos los pueblos. No adoptar medidas para prevenir el previsible menoscabo de los derechos humanos causado por el cambio climático, o no regular las actividades que contribuyen a dicho menoscabo, podría constituir una vulneración de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos” (UN, 2019).

Además de este reconocimiento del vínculo entre derechos humanos y cambio climático, se viene abriendo paso la litigación vinculada al cambio climático desde una perspectiva de derechos humanos, la que puede resultar una herramienta más para implementar nuevas estrategias en la lucha contra el cambio climático.

2.3. Jurisprudencia reciente sobre cambio climático

En el caso Sacchi ante el Comité sobre los Derechos del Niño, el Comité no admitió un reclamo efectuado por los peticionarios contra 5 Estados (Alemania, Argentina, Brasil, Francia, y Turquía) en virtud de que no habían agotado los recursos internos en sus respectivos Estados. Sin embargo, destacó que los Estados tienen obligaciones extraterritoriales para mitigar el cambio climático, y que esa jurisdicción se ejerce cuando el Estado de origen ejerce un control efectivo sobre los actos u omisiones que causan un daño y una violación de derechos humanos, siempre que exista un nexo causal y el daño sea significativo (CDN, 2019). Asimismo, destacó que la obligación de prevenir un daño

transfronterizo ambiental surge del derecho internacional ambiental. También señaló que para que el Estado pueda ser considerado responsable es necesario que el daño haya sido previsible.

En tal sentido, indicó que el impacto negativo para el cambio climático provocado por las emisiones de carbón es un daño previsible a la luz de la evidencia científica, y que dicho daño tiene un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos. En lo que resulta importante para el Estado y su relación con los inversores, el Comité agrega que en la medida que el Estado puede regular y hacer cumplir las regulaciones sobre las actividades que son la fuente de esas emisiones el Estado tiene un control efectivo sobre las mismas y por lo tanto resulta responsable internacionalmente.

En cuanto al daño significativo, indica que el daño debe recaer sobre salud, industria, propiedad, ambiente o agricultura en otros Estados y que ese daño debe ser susceptible de ser medido mediante estándares objetivos.

El Comité también resalta que según el principio de responsabilidad común pero diferenciada, es imposible negar que a pesar del carácter colectivo del daño al ambiente ello no implica desconocer la responsabilidad individual de cada Estado por las emisiones que se originan en su territorio.

Previamente, en el caso Teitiota (Teitiota vs. Nueva Zelanda), el Comité de Derechos Humanos se pronunció sobre la presunta violación del derecho a la vida por parte de Nueva Zelanda, al enviar de nuevo a la presunta víctima a su Estado de origen, Kiribati, una isla que se está hundiendo como consecuencia de la elevación del nivel del mar y que, como consecuencia, sufre conflictos debido a la ausencia de espacio habitable. En tal sentido, el Comité consideró que el Estado no había violado los derechos de Teitiota debido a que este no había probado el riesgo inminente y probable de privación arbitraria de su vida al ser devuelto a Kiribati. Sin embargo, el Comité dejó algunos estándares de interés al observar que “la degradación ambiental, el cambio climático y el desarrollo no sostenible son algunas de las amenazas más acuciantes y graves que afectan a la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar del derecho a la vida”.

2.4. Otros pronunciamientos sobre cambio climático y derechos humanos

El primer análisis de la relación entre cambio climático y derechos humanos tuvo lugar en 2002 con la Observación General N° 15 sobre el derecho al agua. Allí el Comité DESC sostuvo que los Estados tienen que adoptar estrategias integrales y comprensivas para asegurar la provisión de agua para generaciones presentes y futuras, para lo cual resulta

necesario que los Estados evalúen el impacto de las acciones que pueden afectar la disponibilidad de agua, tales como el cambio climático (CDESC, 2003).

En 2013, el Comité de los Derechos del Niño emitió la Observación General N° 15 sobre el derecho a la salud, por la cual destacó el impacto del cambio climático sobre la salud de los niños (CDN, 2013) y que los Estados deben otorgar prioridad a la salud de los niños en el diseño de estrategias de mitigación y adaptación. Asimismo, destacó la relevancia del ambiente, más allá de la contaminación ambiental, para los derechos del niño.

En 2018, el Comité sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer emitió el primer documento específico sobre cambio climático: la Recomendación General 37 sobre las dimensiones relacionadas con el género para la reducción de desastres en el contexto del cambio climático.

También en 2018, el Comité de Derechos Humanos emitió la Observación General 36 sobre el derecho a la vida en la que se pronunció sobre el impacto del cambio climático (CDH, 2019). Allí sostuvo que “El cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, en particular la vida con dignidad, depende, entre otras cosas, de las medidas adoptadas por los Estados partes para preservar el medio ambiente y protegerlo frente a los daños, la contaminación y el cambio climático que provocan agentes públicos y privados. Por consiguiente, los Estados partes deben garantizar la utilización sostenible de los recursos naturales, establecer y aplicar normas ambientales sustantivas, efectuar evaluaciones del impacto ambiental y consultar a los Estados pertinentes sobre actividades que pudieran incidir de manera significativa en el medio ambiente, notificar los desastres naturales y las emergencias a los demás Estados concernidos y cooperar con ellos, facilitar el acceso adecuado a información sobre los peligros ambientales y tener debidamente en cuenta el criterio de precaución”.

3. Los tratados de derechos humanos en vigor en Argentina

De acuerdo a la reforma constitucional de 1994, Argentina otorgó jerarquía constitucional a los siguientes instrumentos de derechos humanos que figuran en el art. 75 inc. 22: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención

Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño.

En dicho artículo se estipula que se le puede otorgar jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos por “el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara” lo que así se hizo en relación con la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y las Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Asimismo, Argentina es parte de los siguientes tratados de derechos humanos que no cuentan con jerarquía constitucional pero igualmente cuentan con jerarquía supralegal según lo dispuesto en la Carta Magna: el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, entre las más relevantes.

De esta manera, resulta innegable resaltar el peso normativo que el derecho internacional de los derechos humanos tiene para Argentina y las consiguientes obligaciones que el Estado debe cumplir para no incurrir en responsabilidad internacional.

Por tal motivo, resulta necesario analizar de qué manera el Estado argentino compatibiliza el cumplimiento de dichas obligaciones con lo dispuesto en los TBIs que ha negociado y ratificado.

4. Los TBIs ratificados por Argentina y sus cláusulas sobre ambiente

Para el relevamiento de datos se tomó en cuenta la sistematización de datos efectuada por el Navegador de Acuerdos Internacionales de Inversión de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.³ En este buscador están mapeados los TBIs de manera tal de desagregar sus cláusulas por temas, entre las que se incluyen:

³ La página *Investment Policy Hub* de UNCTAD contiene información mapeada de 2.574 acuerdos internacionales de inversión, entre los que se incluyen los TBIs.

En relación con el preámbulo

- “Referencia al derecho a regular (por ejemplo, autonomía regulatoria, espacio de políticas, flexibilidad para introducir nuevas regulaciones)” (en adelante, Referencia 1)
- “Referencia al desarrollo sostenible” en adelante (en adelante, Referencia 2)
- “Referencia a aspectos de inversión social (por ejemplo, derechos humanos, trabajo, salud, RSE, reducción de la pobreza)” (en adelante, Referencia 3)
- “Referencia a aspectos ambientales (por ejemplo, vida vegetal o animal, biodiversidad, cambio climático)” (en adelante, Referencia 4)

En relación con otras cláusulas de los TBIs se destacan las siguientes:

- “Salud y medio ambiente (cualquier mención en el texto, excepto preámbulo)” ((en adelante, Referencia 5)
- “Derecho a regular (cualquier mención en el texto de este o conceptos similares, excepto preámbulo)” (en adelante, Referencia 6)
- “Responsabilidad social corporativa (cualquier mención en el texto, excepto preámbulo)” (en adelante, Referencia 7)
- “No bajar los estándares (típicamente estándares ambientales y / o laborales)” (en adelante, Referencia 8)
- Excepciones de política pública general vinculada con el ambiente y la salud (en adelante, Referencia 9)
- Cláusula para enmendar o renegociar el tratado (en adelante, Referencia 10)

Asimismo, se tuvieron en cuenta los tratados en vigor actualmente para Argentina. Así se observa que tiene 9 tratados en vigor con Estados de América Latina: Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela, todos ellos en vigor desde la década de los 90. Ninguno de ellos contiene cláusulas vinculadas con las referencias arriba especificadas.

En relación con los Estados del resto del mundo tenemos 38 TBIs en vigor con Argelia, Tailandia, Filipinas, Rusia, República Checa, Marruecos, Vietnam, Lituania, Australia, Ucrania, Israel, Croacia, Portugal, Malasia, Corea del Sur, Finlandia, Bulgaria, Rumania, Armenia, Senegal, Hungría, Dinamarca, China, Países Bajos, Austria, Túnez, Egipto, Turquía, Suecia, Estados Unidos, Canadá, España, Polonia, Francia, Suiza, Alemania, Reino Unido e Italia. Todos ellos corresponden a la década de los 90 y solo el TBI con EEUU tiene relación con las referencias 3 y 6, que indirectamente podrían ser cláusulas para fundar la adopción de medidas para la protección del ambiente.

Sin embargo, cabe destacar que de los 3 TBIs de nueva generación que aún no están en vigor, el tratado con Qatar (2016) tiene relación con las referencias 2, 5, 6, 7, 8 y 10. Los otros dos TBIs con Japón (2018) y Emiratos Árabes Unidos (2018) no han sido aún mapeados por el buscador utilizado.

En otras palabras, se observa que Argentina comienza a tener presente las cuestiones ambientales al negociar nuevos TBIs.

5. La postura de Argentina en los foros que discuten reformas al régimen internacional de inversiones

Álvarez (2021) señala que los esfuerzos para modificar el régimen internacional de inversiones se centran actualmente en el CIADI, el Grupo de Trabajo III de UNICTRAL y la UNCTAD (2021:11). Mientras que los dos primeros se centran en reformas procesales vinculadas con el mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados, la UNCTAD pone el eje en cuestiones sustantivas y propone un gradual reemplazo de los tratados de vieja generación por TBIs modernos que balanceen las posiciones de inversores y Estados e incluyan cláusulas que reconozcan los poderes regulatorios del Estado y obliguen al inversor a promover un desarrollo sostenible.

5.1. CIADI

El CIADI se encuentra reformando sus reglas de procedimiento desde octubre de 2016. En ese proceso emitió 6 documentos de trabajo en los que se refleja la opinión de los Estados, entre otros actores. Finalmente, las enmiendas se aprobaron en marzo de 2022 y entrarán en vigor en junio del mismo año.

Durante este proceso se buscó modificar las reglas para permitir la remisión de observaciones por terceros ajenos a la controversia, permitir la participación pública en las audiencias y publicar el razonamiento de las decisiones adoptadas por los tribunales. Roberts (2013) sostiene que esta apertura de los procesos de arbitraje al público en general establece una plataforma sólida que permite a los Estados la futura presentación de argumentos de derecho público (2013:85).

Si bien durante el proceso de negociación argentina registra varias observaciones, ninguna de ellas se centra en el tema objeto de análisis en este trabajo. Ello se debe también a que el proceso de enmienda de las reglas CIADI estaba centrado en cuestiones meramente procesales y no se generaron debates en torno de las normas sustantivas.

5.2. UNCTAD

Tal como destaca Álvarez, el organismo más activo para proponer reformas “desde adentro” ha sido la UNCTAD. Esta Comisión ha desarrollado un acelerador de reformas para los acuerdos internacionales de inversión (en adelante, *Alias*), que es un documento que puede ser utilizado tanto para interpretar, enmendar o servir de base para reemplazar los TBIs de antigua generación (UNCTAD, 2020). Según la UNCTAD, todas las demandas iniciadas en 2019 fueron de conformidad con TBIs de antigua generación y el 99% de las demandas han tenido como base tratados adoptados antes de 2012.

Sostiene la UNCTAD que los TBIs adoptados hace 20 años no reflejan los desafíos actuales en materia de salud pública, ambiente y estabilidad económica. Debido a que los tribunales arbitrales han adoptado interpretaciones expansivas de las provisiones de esos tratados los Estados han visto cercenada su posibilidad de adoptar medidas regulatorias. En definitiva, la UNCTAD sostiene que lo que busca es una reforma balanceada de los tratados existentes que mantenga su finalidad protectora para los inversores al tiempo que impida procesos largos y costosos que cuestionen medidas legítimas de gobierno.

El acelerador de reformas propone una modificación en los TBIs de antigua generación en al menos 8 aspectos clave, aunque deja a salvo la posibilidad de proponer futuras modificaciones: 1) Definición de inversiones; 2) Definición de inversor; 3) Trato Nacional (NT); (4) Cláusula de la Nación más Favorecida; 5) trato justo y equitativo; 6) Protección y seguridad completa; 7) Expropiación indirecta; y 8) Excepciones de política pública. En relación con este último punto, la UNCTAD realiza una lista de excepciones actualmente vigentes en una serie de tratados entre los que destacan dos que son relevantes para esta investigación: medidas necesarias para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal; y medidas relacionadas para la conservación de recursos naturales no renovables vivos y no vivos. En ambos casos menciona como ejemplos los TBIs Emiratos Árabes Unidos-Uruguay y Brasil-India.

Cabe destacar que este proceso de reformas lo promueve la UNCTAD y los Estados no han tenido posibilidad de remitir sus observaciones.

5.3. Grupo de Trabajo III de UNCITRAL

Otra de las iniciativas se da desde 2017 en el marco del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL sobre reformas al sistema de solución de controversias entre Estados e inversores en el que participan Estados, sociedad civil, organismos internacionales y académicos. Entre los temas que se debaten está la duración y costo del proceso;

predictibilidad y consistencia entre las decisiones arbitrales; selección de árbitros, su independencia, diversidad y formación; financiamiento de terceros, entre otros.

Allí se proponen, al menos, 4 alternativas: a) El establecimiento de una Corte de Apelaciones permanente al que se pueda recurrir ante las decisiones arbitrales; b) el establecimiento de una corte permanente multilateral de inversiones, que decida en primera instancia y a la que se pueda apelar también, con un mecanismo para permitir que los Estados puedan recurrir a ella al reformar sus antiguos AIIs o al celebrar nuevos; c) un esquema de tratado multilateral que contenga bloques con estándares mínimos a los que los Estados puedan adherirse; d) un menú de soluciones que los Estados pueden incorporar en todo o en parte a sus TBIs en vigor.

Cabe destacar que, si bien Argentina asistió a las sesiones del grupo de trabajo, no se observa que haya remitido observaciones como sí lo han hecho Estados de la región como Chile, Costa Rica, Brasil y Ecuador.

5.4. El tratado sobre empresas y derechos humanos

Si bien no es estrictamente un foro de debate de cuestiones vinculadas al régimen internacional de las inversiones, cabe destacar la labor del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Luego de la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011, el 26 de junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Resolución 26/9 por la que se decidió “establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.

Hasta 2022, este Grupo había celebrado 7 sesiones y redactado 3 proyectos revisados de tratados sobre empresas y derechos humanos. En el proceso han participado representantes de los Estados, las empresas y la sociedad civil. Por parte de América Latina, han remitido observaciones Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador y México. Asimismo, se tuvieron en cuenta para su redacción los tratados de derechos humanos del sistema universal, los Principios Rectores y el Acuerdo de Escazú.

En ese sentido, se pone de relieve que el segundo borrador, de agosto de 2020, establece en el artículo 14 inc.5.a que los Estados “se asegurarán de que los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes... incluidos los acuerdos de comercio e inversión, se interpreten y apliquen de manera que no socavará ni limitará su capacidad para cumplir con sus

obligaciones en virtud de este (instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, así como de otras convenciones e instrumentos de derechos humanos pertinentes”. El artículo 14 inc.5.b, por su parte, establece que “todo nuevo acuerdo bilateral o multilateral de comercio e inversión será compatible con las obligaciones de derechos humanos de los Estados parte en virtud de este (instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, así como con otras convenciones e instrumentos de derechos humanos pertinentes”.

Argentina ha remitido sus observaciones a los tres borradores redactados por el Grupo. En relación con el primer borrador, Argentina dejó en claro su postura por la cual se opone a considerar a los tratados de derechos humanos por encima de los tratados comerciales y de inversiones: “Se propone que el proyecto tenga, per se, una jerarquía superior al resto de la normativa en la materia, constituyéndose en una referencia con respecto a la cual los Estados deberían ajustar la negociación e interpretación de sus futuros acuerdos de comercio e inversión, incluso con terceros Estados. De este modo, los Estados verían restringidas sus decisiones de política comercial, debiendo someterlas al test de compatibilidad con las disposiciones de este proyecto”.

A pesar de esta postura, la delegación argentina no ha evitado hacer mención a la importancia que reviste la protección del ambiente. Así, en relación con el segundo borrador destacó que “las empresas tienen un papel clave que desempeñar en el desarrollo sostenible y equitativo para todos y todas”. En relación con el tercer borrador señaló: “Consideramos que las actividades de las empresas, especialmente las de carácter multinacional o transnacional, pueden llegar a estar en el origen de daños ambientales que terminan teniendo un impacto y consecuencias negativas, tanto directas como indirectas, en los derechos humanos”.

6. Conclusión

La relevancia de las normas de derechos humanos para el régimen internacional de las inversiones se ha abierto camino a lo largo de los últimos años, con algunos de los más importantes teóricos elaborando argumentos para su inclusión. Estas normas de derechos humanos se caracterizan por evolucionar de manera tal de hacer referencia tanto a las obligaciones de las empresas como a los deberes del Estados en materia ambiental.

Sin embargo, en la práctica, tanto los TBIs como los laudos hacen una referencia genérica a los estándares de derechos humanos, con una aplicación disímil de las normas existentes en la materia.

Se observa que, a pesar de la robusta red normativa que protege los derechos humanos y el ambiente que rige en Argentina, de los 47 TBIs en vigor para Argentina uno solo hace referencia a la protección del ambiente, aunque esta tendencia podría estar revirtiéndose a la luz de las cláusulas incorporadas en los TBIs negociados recientemente.

Por otra parte, a pesar de que el régimen internacional de las inversiones atraviesa un periodo de cuestionamientos y reformas en distintos foros, Argentina tampoco se ha caracterizado por promover cambios sustantivos en el sistema en lo que respecta a la cuestión ambiental.

Como resultado de este análisis, es posible aventurar que Argentina se vería en un estado de indefensión frente al cuestionamiento por parte de los inversores respecto de las medidas estatales adoptadas para cumplir con las normas de derechos humanos y ambientales, debido a su incompatibilidad frente a las cláusulas de los TBIs en vigor

Referencias bibliográficas

- Alvarez, J. (2021). ISDS Reform: The long View. *ICSID Review*. Disponible en: <https://www.ijl.org/wp-content/uploads/2021/11/Alvarez-WP-2021-6.pdf>
- Bodansky, D. (2020). Thirty Years Later: Top Ten Developments In International Environmental Law. *Yearbook of International Environmental Law*, 30(1), 3-21.
- Boyd D. (2018). Catalyst for Change Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment. En Knox y Pejan (eds.). *Human right to a healthy environment*. 17-41. Cambridge University Press.
- Boyle, A. (2012). "Human Rights and the Environment: Where Next?". *European Journal of International Law*, 23; 613-642.
- Deva, S. (2021). Conclusion: Investors' International Law: Beyond the Present. En Jean Ho y Sattorova (ed.) *Investors' International Law*. 313-3126. Hart Publishing.
- Douglas, Z. (2003). The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, *British Yearbook of International Law*, 74(1), 151-289. <https://doi.org/10.1093/bybil/74.1.151>.
- Knox, J. y Pejan R. (2018). Introduction. En Knox y Pejan (eds.). *Human right to a healthy environment*.1-16. Cambridge University Press.
- Knox, J. (2013). Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Mapping Report, UN Doc. A/HRC/25/53.
- Knox, J. (2018). Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, UN Doc. A/HRC/37/59.
- Kriebaum, U. (2020). Human Rights and International Investment Arbitration. En Schultz y Ortino (eds.). *Oxford Handbook of International Arbitration*. 150-185. Oxford University Press..
- Kube V. y Petersmann E. (2016). Human Rights Law in International Investment Arbitration. *EUI Working Paper No LAW 2016/02*, 21-26.
- Muchlinski, P. (2017). The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration. En Deva y Bilchitz, *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*. 346 – 374. Cambridge University Press.
- Rajamani, L. (2018). Human rights in the Climate Change Regime. From Rio to Paris and Beyond en Knox y Pejan (eds.) *Human right to a healthy environment*. 236-251. Cambridge University Press.
- Roberts, A. (2013). Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *American Journal of International Law*, 107(1), 45-94. doi:10.5305/amerjintelaw.107.1.0045
- Simma, B. (2011). Foreign investment arbitration: a place for human rights? *International and Comparative Law Quarterly*, 60(3), 573-596. doi:10.1017/S0020589311000224.
- Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition. Cambridge University Press.
- Waibel, M. (2022). The UK and the Development of Investor-State Dispute Settlement. *British Yearbook of International Law* (Forthcoming), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4052612>.

Jurisprudencia

- CIJ, Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, *Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 78.
- CIJ, Caso de las papeleras en el río Uruguay, Sentencia, ICJ Reports 2010, p. 48.
- Corte IDH. Kawas Fernández v. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. 3 de abril de 2009.
- Corte IDH. *Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam* (2015) Serie C no 309, 224.

- Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (2017) Serie A no 23.
- CDN, Chiara Sacchi et al (represented by counsels Scott Gilmore et al (Hausfeld LLP) and Ramin Pejan et al (Earthjustice)). Comunicación N° 104/2019. 8 de octubre de 2021. UN Doc. unedited version - CRC/C/88/D/104/2019.
- CDH, Teitiota vs. Nueva Zelanda. Comunicación N° 2728/19, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, 23 de septiembre de 2020.

Otros documentos

- Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights.* U.N. Doc. A/HRC/40/48/Add.1, 6 de marzo de 2019.
- Annex to the report on the sixth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/46/73).* 2021.
- Annex to the report on the seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/49/65).* 2022.
- CEDESC, Observación General N° 15, Derecho al agua. UN Doc. E/C.12/2002/11. 20 de enero de 2003.
- CDH, Observación General N° 36. Artículo 6: Derecho a la vida. UN Doc. CCPR/C/GC/36. 3 de septiembre de 2019.
- CDN, Observación General N° 15: Derechos del niño al disfrute del nivel más alto de salud. UN Doc. CRC/C/GC/15. 17 de abril de 2013.
- CEDAW, Recomendación General 37: dimensiones relacionadas con el género para la reducción de desastres en el contexto del cambio climático.
- CIDH *Informe sobre la situación de los derechos humanos: Ecuador. 24 de abril de 1997.* OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, Cap.VIII.
- Consejo de Derechos Humanos, Resolución 7/23 Los derechos humanos y el cambio climático, 28 marzo de 2008.
- Declaración sobre los derechos humanos y el cambio climático, UN Doc. HRI/2019/1, 14 de mayo de 2020.
- Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises,* 2do borrador (6 de agosto de 2020). http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_ChairRapporteur_second_revised_draft
- Malé Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change, November 14, 2007.
- Mapping Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment. Individual Report on the American Declaration of the Rights and Duties of Man, the American Convention on Human Rights, and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights. Informe No. 13 preparado por el Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos vinculadas con el disfrute de un ambiente Seguro, limpio, saludable y sustentable. Diciembre 2013.
- REDESCA. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (S.I.): OEA; CIDH; REDESCA, 2019).
- UN Doc. A/Conf.48/14/ Rev.1 (1972).
- UNCTAD (2020) International Investment Agreements Reform Accelerator.

UNFCCC. *A new climate change agreement must include human rights protections for all* *An Open Letter from Special Procedures mandate-holders of the Human Rights Council to the State Parties to the UN Framework Convention on Climate Change on the occasion of the meeting of the Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action in Bonn* (20-25 October 2014). Disponible en: <https://unfccc.int/sites/default/files/human-rights-open-letter.pdf>.