

ESCRITO *AMICUS CURIAE*

(Traducción no oficial del original en Inglés)

En el caso CIADI No. ARB/03/19

Entre

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.

Y

La República Argentina

Amici

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)

Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria

Unión de Usuarios y Consumidores

Center for International Environmental Law (CIEL)

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS Y CONTENIDOS

I. LOS HECHOS DEL CASO SE VINCULAN A CUESTIONES DE DERECHOS HUMANOS

1. La Crisis Económica Argentina
2. Estabilización de Tarifas y Acceso al Agua

II. DERECHOS HUMANOS IMPLICADOS EN ESTE ARBITRAJE

1. El Derecho al Agua y el Derecho a la Vida
2. El Derecho al Agua como Componente de Otros Derechos Humanos
3. Obligaciones del Estado a Raíz de los Tratados de Derechos Humanos

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ES RELEVANTE PARA LA ADJUDICACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Desempeña un Rol como Derecho Aplicable a la Controversia
2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Ayuda a la Interpretación de los Estándares del ABI
3. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Puede Contribuir a la Aplicación de los Estándares del ABI
 - A. Trato Justo y Equitativo
 - B. Expropiación Indirecta

IV. LOS DERECHOS HUMANOS PODRÍAN DESPLAZAR AL DERECHO SOBRE INVERSIONES

1. Conflicto de Normas
2. El Estado de Necesidad como Causa de Exclusión de la Ilícitud

CONCLUSIÓN

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS Y CONTENIDOS

Durante el 2001 Argentina adoptó medidas de emergencia para hacer frente a la crisis económica y social más grave de su historia. *Inter alia*, Argentina devaluó su moneda y congeló los niveles tarifarios de ciertos servicios esenciales, incluyendo el agua y saneamiento. Los *Amici* argumentan que el derecho internacional de los derechos humanos apoya la racionalidad de dichas medidas, y que esta racionalidad es relevante en la interpretación y aplicación de los Acuerdos Bilaterales de Inversiones (ABIs).

Más particularmente, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho al agua y sus estrechos vínculos con otros derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, y a un nivel de vida adecuado. El derecho internacional de los derechos humanos también exige que la Argentina adopte medidas para asegurar el acceso al agua a la población, incluyendo el acceso físico y económico. Bajo esta luz, las medidas adoptadas por Argentina, y particularmente el congelamiento de los niveles tarifarios en medio de una crisis económica le aseguraron a la población el acceso al agua, y por consiguiente están enteramente en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

El escrito de *amicus curiae* se estructura en cuatro partes. Primero, el escrito ofrece un recuento básico de los hechos claves de la controversia que implican temas de derechos humanos. Segundo, los *amici* analizan el contenido del derecho humano al agua y sus vínculos con el goce de otros derechos humanos, así como las correspondientes obligaciones de Argentina. Tercero, los *amici* analizan cómo el derecho internacional de los derechos humanos es relevante para la adjudicación de la controversia. Este análisis cubre temas como el derecho aplicable, la interpretación y la aplicación de los estándares de los ABIs. Específicamente, los *amici* argumentan que la racionalidad de la medida es relevante en la

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

determinación de si el trato ofrecido por la Argentina fue justo y equitativo bajo las circunstancias. Asimismo, los *amici* argumentan que la cuestión relativa a si la actuación gubernamental es equivalente a una expropiación, o alternatively el ejercicio legítimo de los poderes regulatorios, también se beneficia de un análisis de derechos humanos. *Cuarto* y por último, el escrito de *amicus curiae* sugiere maneras a través de las cuales un conflicto de normas puede ser resuelto, y explora los vínculos entre el derecho internacional de los derechos humanos, los servicios esenciales, y el estado de necesidad como causa que excluye la ilicitud.

I. LOS HECHOS DEL CASO SE VINCULAN A CUESTIONES DE DERECHOS HUMANOS

1. La Crisis Económica Argentina

En el 2001, la Argentina se vio afectada por una severa crisis económica y social. La crisis se había venido gestando por varios años, en tanto la economía se contrajo en un 25 por ciento desde 1999 y el año 2002. Economistas expertos caracterizaron la severidad de la crisis como asombrosa, con consecuencias sociales comparables a las que tuvieron lugar en los Estados Unidos durante la Gran Depresión de los años 1930s.¹ La revista *The Economist* notó que, durante el período del colapso, “el ingreso *per capita* en dólares estadounidenses...se redujo de alrededor de \$7000 a apenas \$3,500” y el desempleo creció a más del 25%.²

¹ Ver, p. ej., Cybils, Weisbrat, y Kar, *Argentina Since Default: the IMF and the Depression*, publicación para el Center for Economic Policy Research (Sep. 3, 2002). Ver también Anthony Faola, *Despair in Once Proud Argentina*, Deep Poverty Makes Dignity a Casualty, Washington Post Foreign Service, 6 de Agosto, 2002 (“Se proyecta que la economía se contraerá en un 15 por ciento en este año [2002], llegando la reducción total a un 21 por ciento desde 1999. En los años 1930-33 de la Gran Depresión norteamericana, la economía argentina se contrajo en un 14 por ciento.” -Traducción no oficial-)

² *A decline without parallel – Argentina’s collapse – Explaining Argentina’s economic collapse*, THE ECONOMIST, Special Report, 2 de Marzo, 2002 (“income per person in dollar terms . . . shrunk from around \$7000 to just 3,500”).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

Antes de fines de 2001, Argentina ya estaba experimentando una situación de convulsión social masiva.³ El escenario general a fines de 2001 fue descrito como “potencialmente explosivo”, con “debilidad política a nivel interno y falta de apoyo externo, sumado a la situación de depresión, deflación, hiper-desempleo (20 por ciento de la población activa), extrema pobreza (14 millones de personas) y una elevada deuda externa (142,000 millones de dólares).”⁴

Esta crisis tuvo efectos devastadores sobre la población. La pobreza en la Argentina aumentó más del 50 por ciento de 1998 a 2002. Sólo entre abril de 2001 y abril de 2002, la cantidad de personas viviendo por debajo de la línea de pobreza en la región del Gran Buenos Aires se incrementó en un 26 por ciento.⁵ Según el Banco Mundial, “pocos países en el mundo han visto un aumento tan rápido de la pobreza.”⁶

³ Las protestas populares en las calles habían comenzado hacia fines de 2000. El 23 de noviembre de 2000, “millones de trabajadores faltaron a sus trabajos ... en lo que fue el paro nacional más grande en años que paralizó a la Argentina, dirigido por un sindicato de trabajadores en contra de las medidas de ajuste implementadas por el gobierno en su intento de aplazar un colapso inminente.” -Traducción no oficial- (Laurence Norman, *Argentina paralyzed by national strike, one striker killed*, THE ASSOCIATED PRESS, (Buenos Aires), 24 de Nov., 2000). El 22 de mayo de 2001, manifestantes cerraron rutas todo el país en señal protesta. Los manifestantes establecieron una serie de cortes de ruta, y miles marcharon en la Capital. -Traducción no oficial- (Laurence Norman, *Demonstrators Protest in Argentina*, THE ASSOCIATED PRESS, 22 de Mayo, 2001). El 20 de Julio de 2001, manifestantes bloquearon rutas con gomas y llantas prendidas fuego, y la aerolínea nacional suspendió todos sus vuelos en uno de los paros laborales más grandes en años.” -Traducción no oficial- (Foreign Staff, *Strike over cutbacks brings Argentina to a standstill*, THE SCOTSMAN, 20 de Julio, 2001). El 8 de agosto de 2001, aproximadamente 100,000 personas marcharon por Buenos Aires para protestar contra las nuevas medidas de austeridad del gobierno. -Traducción no oficial- (*Argentines protest against pay cuts*, BBC NEWS, 8 de Ago., 2001, disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1481313.stm>). En diciembre de 2001, un día de protestas dejó más de 20 civiles muertos. (*The events that triggered Argentina's crisis*, BBC NEWS, 21 de Dic., 2001, available at: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/1721103.stm>).

⁴ Deborah L. Norden & Roberto Russell, *The United States and Argentina*, 127 (Routledge 2002).

⁵ World Bank, Poverty Reduction and Economic Management Unit, Report No. 26127-AR, Argentina—Crisis and Poverty 2003: A Poverty Assessment, July 24, 2003, p. 5, available at: [http://wbln0018.worldbank.org/lac/lacinfoclient.nsf/d29684951174975c85256735007fef12/3d29a0ed02294a8b85256db10058dbdd/\\$FILE/ArgentinaPAMainReport.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/lac/lacinfoclient.nsf/d29684951174975c85256735007fef12/3d29a0ed02294a8b85256db10058dbdd/$FILE/ArgentinaPAMainReport.pdf).

⁶ Traducción no oficial. Ver World Bank, Report No. 26127-AR, *supra* nota 5, at p. 4.

2. Estabilización de las Tarifas y Acceso al Agua

En el marco de estas cifras de pobreza, un aumento repentino del 300 por ciento en la tarifa del servicio para 7.740.000 habitantes en el caso del agua y para 5.890.000 habitantes en el caso de cloacas podría haber tenido consecuencias devastadoras.⁷ Hubiese transformado una crisis económica y social en un completo desastre humanitario al privar abruptamente a millones de personas de acceso un recurso esencial como el agua potable. Tal aumento de las tarifas hubiese desencadenado un descontento social aún mayor, agravando todavía más la ya severa crisis de orden público imperante.

En 2002, el Congreso de la Nación inició un proceso de renegociación de los contratos de concesión con las empresas privatizadas de los distintos sectores de servicios esenciales, incluido el de distribución de agua y saneamiento. Existió una clara racionalidad en la medida adoptada. Dos dimensiones sustanciales de los contratos habían cambiado: la moneda había sido devaluada significativamente, y derechos humanos fundamentales de la población se vieron seriamente afectados por la crisis.

II. DERECHOS HUMANOS IMPLICADOS EN ESTE ARBITRAJE

1. El Derecho al Agua y el Derecho a la Vida

El derecho al agua resulta esencial para garantizar la vida humana y se encuentra protegido en el Artículo 11(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁸ De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), órgano encargado de monitorear el cumplimiento por parte de

⁷ Ver www.etoss.org.ar (contiene las cifras citadas)

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

los Estados del PIDESC,⁹ “[e]l derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia.”¹⁰ Al realizar sus revisiones periódicas sobre el cumplimiento de los países con el PIDESC, el Comité ha expresado preocupación en reiteradas oportunidades sobre el fracaso por parte de los Estados en proveer adecuadamente acceso al agua potable a sus habitantes.¹¹

Otros tratados internacionales en materia de derechos humanos también protegen el derecho humano al agua. El Artículo 14(2)(h) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención sobre Derechos de las Mujeres) requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para asegurar el derecho de las mujeres a “[g]ozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.”¹² El Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del

⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. Res. 2200A, U.N. GAOR, 21º período de sesiones, Supp. No. 16 at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3.

⁹ Ver Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Economic and Social Council Resolution 1985/17 (28 de Mayo, 1985).

¹⁰ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N° 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), documento de Naciones Unidas E/C.12/2002/11, ¶ 3, 29º período de sesiones (2002) [en adelante Observación General N° 15], *disponible en inglés en:* [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf).

¹¹ Ver en general CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS, LEGAL RESOURCES FOR THE RIGHT TO WATER: INTERNATIONAL AND NATIONAL STANDARDS 98-108 (2003), *disponible en inglés en:* http://www.cohre.org/get_attachment.php?attachment_id=1403. (summarizing Concluding Observations by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights expressing concern about lack of access to adequate and potable water).

¹² Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. Res. 34/180, U.N. GAOR 34º período de sesiones, Supp. No. 46 at 193, U.N. Doc. A/34/46, en art. 14(2)(h). Los servicios sanitarios no solo son componentes críticos del derecho a la vivienda sino que están estrechamente vinculados al derecho al agua. Como da cuenta el Relator del Derecho al Agua “el derecho al agua y al saneamiento son interdependientes. El derecho al agua, particularmente en lo que se refiere a la calidad del agua, depende de la existencia servicios sanitarios adecuados para todos. A la inversa, para asegurar una higiene y saneamiento adecuado cada persona debería tener acceso al menos a una cantidad mínima de agua de manera periódica.”

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

Niño (CDN) requiere que los Estados protejan “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud” a través de medidas apropiadas para “[c]ombatir las enfermedades [...] mediante [...] el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre.”¹³

Si bien la cantidad de agua necesaria para asegurar el derecho al agua puede diferir en cada caso, en cualquier circunstancia agua debe estar disponible, ser de calidad aceptable y accesible. Al definir accesible, el Comité DESC ha explicado que el agua tiene que ser accesible *física y económicamente* sin discriminación.¹⁴

La prohibición contra la discriminación requiere que “[e]l agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.”¹⁵ Los Estados “tienen la obligación especial de [...] impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen prohibiciones en el suministro de agua y los servicios de abastecimiento de agua.”¹⁶

Informe Final del Relator Especial, Mr. El Hadji Guissé, Relación entre el goce de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción de la realización del derecho al acceso a agua potable y saneamiento, - Traducción no oficial-. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/20, 56 período de sesiones, ¶ 50 (14 de Julio, 2004) [en adelante Informe del Relator Especial Guissé, 2004].

¹³ Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. Res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR, 44 período de sesiones, Supp. No. 49 at 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989), en art. 24(1), (2)(e).

¹⁴ Comité DESC, Observación General N° 15, *supra* nota 10, en ¶ 12. Al interpretar el derecho a la salud, el Comité adoptó una definición similar sobre accesibilidad, explicando que los componentes del derecho a la salud, como el agua potable, deben ser accesibles a los sectores más vulnerables y marginados de la población, estar al alcance geográfico y ser asequible para todos los sectores y de manera asequible. Comité DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 22 período de sesiones (11 de Agosto, 2000), [en adelante Observación General N° 14], *disponible en*: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument), en ¶ 12(b); *ver también* Informe Preliminar del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de todas las personas a gozar del más alto nivel de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, U.N. Doc. A/58/427, 58 período de sesiones (10 de Octubre, 2003), en ¶¶ 51, 53(c)-(d), (explicando que los establecimientos, bienes y servicios de salud, incluyendo los determinantes subyacentes de la salud, deberán estar disponibles, ser accesibles, aceptables y de buena calidad”).

¹⁵ Comité DESC, Observación General No. 15, *supra* nota 10, en ¶ 12(c)(iii). Los motivos prohibidos incluyen raza, color sexo, edad, idioma, religion, opinión política o de otro tipo, origen social o nacional, propiedad, nacimiento, discapacidad mental o física, estado de salud (incluyendo VIH/SIDA), orientación sexual y estado civil, social o de otro tipo. *Id.* en ¶ 13.

¹⁶ *Id.* at ¶ 15.

La accesibilidad física requiere que “[e]l agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas.”¹⁷

La accesibilidad económica requiere que “[e]l agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos”.¹⁸ El Comité DESC ha explicado que “[t]odos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos.”¹⁹ Además, el Comité afirmó que “[l]os costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.”²⁰

2. El Derecho al Agua como Componente de otros Derechos Humanos

El derecho al agua es también “condición previa para la realización de otros derechos humanos.”²¹ El Relator Especial sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y

¹⁷ *Id.* at ¶ 12(c)(i).

¹⁸ *Id.* at ¶ 12(c)(ii).

¹⁹ *Id.* at ¶ 27.

²⁰ *Id.* at ¶ 12(c)(ii).

²¹ Comité DESC, Observación General No. 15, *supra* nota 10, en ¶¶ 1, 3; *ver también* Informe del Relator Especial Guissé, 2004, *supra* note 12, en ¶ 23 (“El derecho al agua potable y saneamiento es un derecho humano internacionalmente reconocido y debe ser considerado como un requisito esencial para la implementación de otros derechos humanos” – Traducción no oficial-); *ver en general* Declaración Conjunta del Relator Especial de Vivienda, el Relator Especial sobre Alimentación y el Relator Especial sobre el derecho de todas las personas a gozar del más alto nivel de salud física y mental en el Tercer Foro Mundial del Agua, ¶¶ 6-9 (17 de Marzo, 2003) *disponible en inglés en*: [http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/\(Symbol\)/HR.03.22.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/(Symbol)/HR.03.22.En?OpenDocument) (discutiendo la importancia del agua para el derecho a la vivienda, alimentación y salud y haciendo un llamado “al claro reconocimiento del agua como derecho humano en la Declaración Ministerial y cualquier otro documento que

culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y de servicios de saneamiento (Relator Especial sobre Agua)²² enfatizó que el derecho al agua potable es “un componente esencial del derecho a la vida” y que “la falta de acceso al agua potable y saneamiento pone en riesgo la vida de millones de individuos.”²³

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)²⁴ y la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana)²⁵ también protegen el derecho al agua como una condición necesaria para garantizar el derecho a la vida. El PIDCyP establece que cada individuo tiene un derecho inherente a la vida y prohíbe expresamente la privación de sus medios de subsistencia.²⁶ El artículo 4 de la Convención Americana también dispone que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida” y que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”²⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la vida incluye el derecho a “acceder a

surgiera del Foro Mundial del Agua, de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos incluyendo las Observaciones Generales” –Traducción no oficial-).

²² EN 2001, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó una decisión de la Sub-Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Resolución 2001/2, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/40, ¶¶ 3-4 (Aug. 10, 2001)) para nombrar al Sr. El Hadji Guissé como Relator Especial. Al aprobar la Resolución de la Sub-Comisión, la Comisión instruyó al Relator Especial para que “conduzca un estudio detallado sobre la relación entre el goce de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción de la realización del derecho a la provisión de agua potable y saneamiento, a nivel nacional e internacional, teniendo también en cuenta las cuestiones relativas a la realización del derecho al desarrollo, a fin de determinar los medios más efectivos de fortalecer actividades en este campo y definir lo más completa y detalladamente posible el contenido del derecho al agua potable en relación con otros derechos humanos.” Traducción no oficial del Informe de la Sub-Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su 53 período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2002/2, en 9 (Nov. 22, 2001).

²³ Traducción no oficial del Informe del Relator Especial Guissé, 2004; *ver también* Informe Preliminar presentado por el Sr. El Hadji Guissé, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/10, 54 período de sesiones, ¶ 42 (25 de Junio, 2002).

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. Res. 2200A, U.N. GAOR, 21 período de sesiones, Supp. No. 16 en 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171.

²⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, reimpresso en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 en 25 (1992).

²⁶ PIDCyP, *supra* nota 24, en arts. 1(2), 6(1).

²⁷ Convención Americana, *supra* nota 25, at art. 4(1).

condiciones que garanticen una vida digna.”²⁸ El derecho al agua se destaca por ser un componente esencial de la vida misma, así como una condición necesaria para poder gozar de una vida digna.

Al interpretar el derecho a la vivienda²⁹ consagrado en el PIDESC, el Comité DESC enfatizó que “[t]odos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a [...] agua potable.”³⁰ El Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a una vivienda adecuada expresó que “el acceso al agua segura y suficiente - incluyendo agua potable- es un elemento esencial del derecho a la vivienda adecuada. . . El agua no es solo una necesidad humana básica sino que su lugar entre los derechos humanos se encuentra en la confluencia entre derechos humanos y vivienda, salud y alimentación.”³¹

El derecho al agua también es un componente del derecho a la salud. El artículo 12(1) del PIDESC establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”³² El Artículo 10(1) del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Ser. C) No. 63, párr. 144.

²⁹ PIDESC, *supra* nota 8, at art. 11(1) (garantizando “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”); CRC, *supra* nota 13, at art. 27(3) (“Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”).

³⁰ Comité DESC, Observación General No. 4, El derecho a una vivienda adecuada Art. 11(1) del PIDESC, U.N. Doc. E/1992/23, anexo III en 114 (1991), ¶ 8(b) 6° período de sesiones, (13 de Diciembre, 1991), *disponible* *en:*

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563cd0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563cd0053547e?Opendocument); *ver también* Documento de Trabajo del Relator Especial Guissé, El derecho al acceso de toda persona a la provision de agua potable y servicios sanitarios, , U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/7, 50° período de sesiones, ¶ 22 (10 de Junio, 1998) [en adelante Documento de Trabajo del Relator Especial Guissé, 1998] (discutiendo la relación entre el agua y el derecho a la vivienda).

³¹ Traducción no oficial del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, Addendum: Visita a los territorios palestinos, U.N. Doc. E/CN.4/2003/5/Add.1, 59 período de sesiones, ¶ 65 (12 de Junio, 2002).

³² PIDESC, *supra* nota 8, en art. 12(1).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) establece: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.”³³ El Artículo 24 de la CDN exige proteger “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.”³⁴

Al interpretar el derecho a la salud en el PIDESC, el Comité DESC explicó que “hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como [...] el acceso a agua limpia potable.”³⁵ El Comité de los Derechos del Niño, el órgano encargado de monitorear el cumplimiento de la CDN por parte de los Estados, estableció que la obligación que surge del Artículo 24 de la CDN de asegurar que los niños tengan acceso al más alto nivel posible de salud significa que los Estados “tienen la responsabilidad de garantizar el acceso a agua potable salubre” y ese acceso es esencial “para la salud del niño pequeño”.³⁶

Finalmente, el Artículo 26 de la Convención Americana establece que los Estados “se comprometen a adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”³⁷

³³ Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.A.S.T.S. No. 69 (1988), en art. 10(1).

³⁴ CRC, *supra* nota 13, en arts. 24(1), (2)(e).

³⁵ Comité DESC Observación General No. 14, *supra* nota 14; *ver también* Documento de Trabajo del Relator Especial Guissé, 1998, *supra* nota 30, en ¶ 21 (discutiendo la relación entre el agua y el derecho a la salud).

³⁶ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia, U.N. Doc. CRC/C/GC/7, ¶ 27(a), 41 período de sesiones (Nov. 1, 2005).

³⁷ Convención Americana, *supra* nota 25, en art. 26.

3. Obligaciones del Estado a Raíz de los Tratados de Derechos Humanos

La Argentina es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸, del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁹, de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁰, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁴¹, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴² y de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴³ Todos estos tratados han sido incorporados a la legislación argentina y requieren que Argentina proteja el derecho al agua.

Además, la Constitución Nacional de la República Argentina enumera los principales instrumentos de derechos humanos internacionales y regionales, otorgándoles jerarquía constitucional, a saber: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el PIDESC, el PIDCyP, la CDN, la Convención de la Mujer, entre otros.⁴⁴ El artículo 75 inciso 22 de la Constitución les confiere a estas convenciones de derechos humanos “jerarquía constitucional” y establece que “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”

En el marco del PIDESC la Argentina está obligada a garantizar un mínimo nivel esencial del derecho al agua que incluye:

³⁸ PIDESC, *supra* nota 8, ratificado por Argentina en Aug 8, 1986.

³⁹ Protocolo de San Salvador, *supra* nota 33, ratificado por Argentina en Oct 23, 2003.

⁴⁰ CDN, *supra* nota 13, ratificado por Argentina en Dec 4, 1990.

⁴¹ La Convención de la Mujer, *supra* nota 12, ratificado por Argentina en Jul 15, 1985.

⁴² PIDCyP, *supra* nota 24, ratificado por Argentina en Aug 8, 1986.

⁴³ Convención Americana *supra* note 25, ratified by Argentina Sep 5, 1984.

⁴⁴ CONST. ARG. (Constitución de la Nación Argentina, adoptada en 1852, con la reforma del 22 de agosto de 1994), ver § 75(22) disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/constituciones/ConstitucionNacional.htm>

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

- (a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- (b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- (c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;⁴⁵

Como ha explicado el Comité DESC, cada Estado Parte del PIDESC independientemente de su nivel de desarrollo económico, tiene la obligación de garantizar un nivel mínimo esencial de cada uno de los derechos en el PIDESC, incluyendo el derecho al agua.⁴⁶ Si bien la Argentina está obligada a tomar medidas efectivas para realizar progresivamente el derecho al agua, también tiene obligaciones que son “de efecto inmediato”⁴⁷, que incluyen la de garantizar que el derecho al agua pueda ser ejercido sin discriminación⁴⁸ y la de abstenerse de adoptar medidas regresivas.⁴⁹

El Comité DESC explicó que las medidas afirmativas pueden incluir “políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo” para garantizar que el agua sea accesible.⁵⁰ El Relator Especial Guissé también explicó que

⁴⁵ Comité DESC Observación General No. 15, *supra* nota 10, en ¶ 37. El Comité DESC ha explicado que “el acceso a . . . una provisión de agua potable y segura” también forma parte del contenido mínimo del derecho a la salud. Comité DESC, Observación General No. 14, *supra* nota 14, en ¶ 43(c).

⁴⁶ Comité DESC, Observación General No. 3, La naturaleza de las obligaciones de los Estados parte en relación con el art. 2, para. 1 del PIDES, U.N. Doc. E/1991/23, anexo III en 86 (1991), ¶ 10, 5 período de sesiones, (14 de Diciembre, 1990) (énfasis original), *disponible en inglés en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)*.

⁴⁷ Comité DESC Observación General No. 15, *supra* note 10, en ¶ 17.

⁴⁸ *Id.* en ¶ 17.

⁴⁹ *Id.* en ¶ 19.

⁵⁰ *Id.* en ¶ 27(b).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

los Estados deben garantizar que las tarifas del agua sean razonables y deberían “desempeñar un rol activo en el diseño y regulación de las estructuras tarifarias de manera de garantizar que el acceso a los servicios de agua y saneamiento sean asequibles, en base al principio de no discriminación.”⁵¹

Las obligaciones internacionales asumidas por Argentina incluyen no sólo el deber de respetar el derecho al agua, *v.gr.*, abstenerse de tomar medidas que violen este derecho, sino también el deber de proteger el derecho al agua, *v.gr.*, “impedir a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua.”⁵² La responsabilidad de proteger supone la obligación de adoptar “las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua.”⁵³

Según el Comité DESC, cuando los servicios de suministro de agua “sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables.”⁵⁴

El Relator Especial sobre vivienda declaró: “Mientras la legislación en materia de derechos humanos no impide la provisión de servicios- incluyendo el agua, la educación, la

⁵¹ Traducción no oficial del Informe del Relator Especial Guissé, 2004, *supra* note 12, en ¶¶ 51-52; *ver también* Comisión sobre Desarrollo Sustentable, Anexo: Prioridades de los grupos más importantes en agua, saneamiento y asentamientos (la traducción es nuestra), U.N. Doc. E/CN.17/2005/5, 13 período de sesiones, ¶ 8 (15 de Diciembre, 2004) (pidiendo a los gobiernos que “garanticen la provisión de agua potable segura, accesible y asequible (entre otras cosas a través del control de tarifas)” –la traducción es nuestra-).

⁵² Comité DESC Observación General No. 15, *supra* note 10, en ¶ 23.

⁵³ *Id.* en ¶ 23; *ver también* Comité DESC Observación General No. 14, *supra* note 14, en ¶ 51 (“Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros.”).

⁵⁴ Comité DESC Observación General No. 15, *supra* nota 10, en ¶ 24.

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

electricidad y los servicios sanitarios- por parte de empresas privadas, los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que dicha privatización no conculque los derechos humanos de la población.”⁵⁵. También en Relator Especial Guissé identificó como “una particular preocupación...el fenómeno del alza de tarifas por las empresas privadas en casos en que la moneda local es devaluada. Todo contrato de concesión debería especificar que el riesgo de una devaluación no deberá ser soportado por los consumidores más pobres.”⁵⁶

En este sentido, si la Argentina no hubiese congelado las tarifas, el agua habría devenido inasequible para millones de personas en la provincia de Buenos Aires. A la luz de los tratados de derechos humanos en vigor para la Argentina y la población que allí habita, este aumento del 300 por ciento en las tarifas del agua hubiese constituido una clara violación de las obligaciones internacionales de la Argentina en materia de derechos humanos.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ES RELEVANTE PARA LA ADJUDICACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Desempeña un Rol como Derecho Aplicable a la Controversia

El derecho aplicable a la controversia se encuentra definido tanto en la Convenio CIADI como en los ABIs respectivos. La Convenio CIADI dispone en su Artículo 42(1) que, “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por

⁵⁵ Traducción no oficial del Informe del Relator Especial sobre vivienda adecuada como un componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, Addendum: Misión a Brazil, U.N. Doc. E/CN.4/2005/48/Add.3, 61 período de sesiones, ¶ 32 (18 de Febrero, 2004); *ver también* Vivienda Adecuada como un componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Informe del Relator Especial, Miloon Kothari, Addendum: Misión a Kenya, U.N. Doc. E/CN.4/2005/48/Add.2, 61 período de sesiones, ¶ 19 (Dec. 17, 2004) (marcando el mismo punto respecto al programa de privatizaciones en Kenya).

⁵⁶ Traducción no oficial del Informe del Relator Especial Guissé, 2004, *supra* note 12, at ¶ 60.

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

las partes.” También señala que, “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 pudieran ser aplicables”.⁵⁷

La presente controversia tiene lugar bajo tres diferentes Acuerdos Bilaterales de Inversiones (ABIs): el ABI entre el Reino Unido y Argentina;⁵⁸ el ABI entre España y Argentina;⁵⁹ y el ABI entre Francia y Argentina.⁶⁰ Cada uno de estos ABIs refleja el acuerdo de las partes, y en el contexto de la presente controversia, dejan en claro que el Tribunal debe considerar al menos tres fuentes de derecho en sus deliberaciones, a saber: (1) los ABIs; (2) las leyes de Argentina (en cuanto Estado Contratante en esta controversia), y (3) las reglas de derecho internacional que son aplicables a la disputa. Consecuentemente, y en atención a que las circunstancias de hecho subyacentes a la controversia implican las obligaciones de Argentina en materia de derechos humanos, el Tribunal debe aplicar el derecho de los derechos humanos, tanto de fuente internacional como interna, a la presente controversia.

La controversia implica medidas adoptadas por el Gobierno de Argentina para proteger los derechos humanos durante una grave crisis económica y social. *Inter alia*, las medidas han sido adoptadas por Argentina para avanzar el cumplimiento de su obligación de realizar progresivamente los derechos al agua de sus habitantes, así como para proteger y promover el derecho a la salud de sus habitantes. Estos derechos se encuentran protegidos

⁵⁷ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, ICSID (W. Bank), opened for signature Mar. 18, 1965, 575 U.N.T.S. 159, art. 42(1) [hereinafter ICSID Convention].

⁵⁸ Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments, Dec. 11, 1990, U.K.–Arg., 1765 U.N.T.S. 33, art. 8(4) [hereinafter U.K.–Argentina BIT].

⁵⁹ Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre El Reino de España y la Republica Argentina, Oct. 3, 1991, Sp–Arg., 1699 U.N.T.S. 202, art. X.5 [hereinafter Spain–Argentina BIT].

⁶⁰ Treaty Concerning the Treatment and Protection of Investments, 3 July 1991, FR.–AR., 1728 U.N.T.S. 298, art. 8(4) [hereinafter France–Argentina BIT], *as translated in* FOREIGN INVESTMENT DISPUTES: CASES,

por varios tratados de derechos humanos, la mayoría de los cuales se encontraban en vigor en Argentina al tiempo del establecimiento de la inversión.⁶¹

Estos tratados de derechos humanos, examinados anteriormente, dejan en claro que Argentina tiene el deber positivo de prevenir la perturbación de los servicios de agua para sus habitantes durante y después de la crisis económica del 2001.⁶² En la medida que los efectos de la crisis comprometan la capacidad de los consumidores de pagar por agua a los niveles demandados por las Demandantes, las obligaciones de la Argentina en materia de derechos humanos son relevantes para la adjudicación de la controversia. En particular, las medidas de la Argentina en este caso deben ser vistas a la luz de sus obligaciones positivas de asegurar acceso a agua potable.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Ayuda a la Interpretación de los Estándares del ABI

El artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶³ (CVDT) expresa el principio de integración sistémica del sistema legal internacional.⁶⁴ La

MATERIALS AND COMMENTARY 716 (R. Doak Bishop, James Crawford, and W. Michael Reisman eds., 2005) [hereinafter Bishop, Crawford & Reisman].

⁶¹ Argentina is a party to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador or San Salvador Protocol), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Women's Convention), the Convention on the Rights of the Child (CRC), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the American Convention on Human Rights (American Convention). These treaties require Argentina to protect the right to water.

⁶² See U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 15, The right to water, U.N. Doc. E/C.12/2002/11, ¶ 23, 29th Sess. (Jan. 20, 2003) [hereinafter CESCR General Comment No. 15], available at:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf) ("The obligation to *protect* requires State parties to prevent third parties from interfering in any way with the enjoyment of the right to water.") (emphasis in original). See also *id.* at ¶ 24 ("Where water services . . . are operated or controlled by third parties, States parties must prevent them from compromising equal, affordable, and physical access to sufficient, safe and acceptable water.").

⁶³ Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31.3.c, 1155 U.N.T.S. 331, reprinted in 8 I.L.M. 679 (1969), available at <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (last visited Aug. 11, 2005).

⁶⁴ Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 INT'L & COMP. L.Q. 279, 280 (2005).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

Corte Internacional de Justicia en el *Caso sobre las Plataformas Petroleras* ha confirmado la relevancia de este principio de interpretación, ya que la Corte ha utilizado las reglas de derecho internacional sobre el uso de la fuerza en su interpretación del Tratado Bilateral de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre los Estados Unidos e Irán.⁶⁵ En la aplicación de este principio de interpretación sistémica, el derecho internacional de los derechos humanos le puede añadir color y textura a los estándares de trato incluidos en los ABIs. Además, la interpretación sistémica es particularmente útil cuando los términos de un tratado son por su propia naturaleza abiertos,⁶⁶ como por ejemplo el estándar de trato justo y equitativo.

Una interpretación contextual del lenguaje en el ABI es también necesaria porque el derecho sobre las inversiones y el derecho sobre los derechos humanos entran en fricciones a nivel de regímenes, particularmente en relación con la cantidad de espacio disponible para la adopción de políticas para el desarrollo social. En efecto, el “enfriamiento regulatorio” que puede resultar de ciertas interpretaciones de las disciplinas de inversiones puede reducir las capacidades del Estado de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, incluyendo su deber de regular.⁶⁷ En este sentido, una interpretación contextual lleva hacia un diálogo normativo, acomodación, y apoyo mutuo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional sobre inversiones.

3. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Puede Contribuir a la Aplicación de los Estándares del ABI

⁶⁵ Case Concerning Oil Platforms, (Iran v. U.S.), Judgment ¶ 41, I.C.J. 2003.

⁶⁶ McLachlan, *supra* note 64 at 312.

⁶⁷ UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, pgs. 43 & 48 (2005).

La Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal apunta que las Demandantes alegan que ante la falta de ajustes tarifarios y de respeto al principio de equilibrio, la Demandada ha incumplido sus obligaciones con respecto a los estándares relativos a la expropiación y al trato justo y equitativo.⁶⁸ En ese contexto, la cuestión de si un inversor ha sido tratado justa y equitativamente puede ser iluminada con referencia a la conducta debida por el Estado a la población en general bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, la cuestión relativa a si la conducta gubernamental es expropiatoria, o de otra forma el ejercicio legítimo de los poderes regulatorios, también puede verse beneficiada por un análisis de derechos humanos. Esta sección aborda estos temas.

A. Trato Justo y Equitativo

A pesar de la ambigüedad de los términos “trato justo y equitativo” (TJ&E) en la definición de los ABIs, y a pesar de las variadas formulaciones del estándar de TJ&E en ABIs, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones sugiere varios componentes de este estándar. Tres componentes en evolución son particularmente relevantes a esta controversia, a saber:

1. si los procesos regulatorios del Estado han sido administrados de forma diligente y transparente;⁶⁹
2. si la conducta del Estado ha frustrado las expectativas legítimas que tenían en consideración los inversores extranjeros en su decisión de invertir;⁷⁰

⁶⁸ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A., v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction (August 3, 2006), at ¶ 34. See also ¶ 1 and ¶ 28.

⁶⁹ PSEG Global Inc. v. Republic of Turkey, Award, ICSID Case No. ARB/02/5, (January 17, 2007).

⁷⁰ *Técnicas Medicamentoales TECMED SA v. the United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (May 29, 2003) [hereinafter *TecMed*], ¶ 154. *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award (Aug. 19, 2005), at ¶ 232.

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

3. si cualquier cambio introducido al marco regulatorio después de establecida la inversión ha sido arbitrario o discriminatorio.⁷¹

Además, todos estos componentes envuelven la premisa fundamental: los Estados se encuentran bajo la obligación de actuar de buena fe hacia los inversores extranjeros.

Ninguno de los componentes del estándar TJ&E aparecen a priori en conflicto con las obligaciones del Estado receptor de proteger los derechos humanos de sus habitantes. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional sobre inversiones no estarían en conflicto, sino que son capaces de aplicación concurrente. Esto es particularmente relevante en este caso porque la motivación de la Argentina en la privatización de los servicios públicos de agua era el mejoramiento del servicio, la expansión de la inversión, y el aumento del acceso al agua y saneamiento para promover la salud de los habitantes. Así y todo, una cuestión que surge bajo las particulares circunstancias del caso es si el cumplimiento estricto con cada uno de los términos del contrato de concesión era del todo compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Esta cuestión puede involucrar un conflicto de normas, abordado más abajo.

Este conflicto de normas, sin embargo, puede no surgir si el estándar TJ&E es interpretado bajo el prisma de los derechos humanos. En este sentido, como concluyera el Tribunal en *Waste Management II* con referencia al estándar TJ&E, “el estándar es hasta cierto punto flexible, que debe ser adaptado a las circunstancias de cada caso”.⁷² En esa vena, resulta totalmente apropiado que el Tribunal considere los objetivos de derechos humanos y los impactos de las medidas Argentinas en este caso. Por un lado, el Tribunal se beneficiaría de tener en consideración el propósito del programa de privatización: el mejoramiento del

⁷¹ CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/08, (May 12, 2005).

⁷² *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/03 (NAFTA), Award (Apr. 30, 2004) [hereinafter *Waste Management II*], ¶ 99.

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

acceso de los habitantes a los servicios de agua y saneamiento, lo cual avanzando en la realización de los derechos económicos y sociales básicos. Y al mismo tiempo, el Tribunal también se beneficiaría si considera que los niveles tarifarios fueron congelados por el Gobierno para proteger a los sectores más vulnerables de su población, quienes no estaban en condiciones de costear un aumento de más del trescientos por ciento en las tarifas de agua y saneamiento, en medio de una profunda crisis económica y social.

En esta línea de análisis, y por razones de espacio, los *amici* se disponen a examinar solamente: (1) la frustración de las expectativas legítimas; y (2) cambios arbitrarios al marco legal, en cuanto componentes del estándar TJ&E.

En primer lugar, en relación con las expectativas legítimas, las expectativas del inversor no se pueden ver frustradas si el marco legal existente es puesto en operación. Este principio se aplica igualmente a las leyes del Estado como a sus obligaciones internacionales.

En el caso de *Maffezini v. España*,⁷³ por ejemplo, un tribunal del CIADI constituido bajo el ABI España-Argentina ha razonado que no podía establecer la responsabilidad del Gobierno español por las expectativas de ganancia no realizadas de Maffezini, ya que el gobierno había aplicado su legislación ambiental. Esto es, a pesar de la existencia del ABI, el hecho que los requisitos legales relativos a la evaluación de impacto ambiental estaban establecidos en el derecho de la Unión Europea y en el derecho español antes de la inversión de Maffezini significaba que el inversor no podía legítimamente esperar ser compensado por algún costo asociado con el cumplimiento del marco legal.

En el caso de especie, por analogía, las obligaciones en materia de derechos humanos de Argentina anteceden a sus ABIs. Como en el caso *Maffezini*, cualquier inversor debía tomar en consideración y cumplir con el marco legal vigente en Argentina, el cual incluye las

normas sobre derechos humanos. Como los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina gobiernan sus obligaciones con respecto al agua, la salud pública, y otras áreas claves de política pública, un inversor que entra en estos sectores no puede legítimamente esperar que el Estado receptor deje de lado sus obligaciones en materia de derechos humanos. Más particularmente, un inversor en una concesión de agua debe estar consciente que el Estado se encuentra ante la obligación de asegurar acceso al agua a la población, y que esta obligación no desaparece durante una crisis económica y social. Consecuentemente, un inversor no puede, legítimamente, esperar que las tarifas aumenten de forma que se conviertan en un obstáculo insuperable al acceso efectivo al agua y saneamiento de millones de personas.

En segundo lugar, en relación con cambios arbitrarios al marco legal, la cuestión destaca las tensiones que existen en la sociedad entre la estabilidad, por una parte, y el cambio regulatorio, por la otra. Por una parte, los ABIs buscan establecer un marco legal seguro y estable conducente hacia la actividad económica, lo cual promueve la asignación eficiente de recursos económicos – un elemento clave en la capacidad de los Estados de progresivamente realizar los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional ambiental establecen deberes positivos a los Estados de regular para prevenir consecuencias deletéreas a, *inter alia*, la salud humana y el medio ambiente. Estos campos son por naturaleza dinámicos; ellos evolucionan a medida que la ciencia identifica vínculos entre sustancias/actividades y riesgos, y a medida que las circunstancias exigen la intervención estatal para asegurar acceso a los servicios esenciales, por ejemplo. Bajo esta luz, la noción de que un inversor puede esperar que el marco legal permanezca congelado en el tiempo es

⁷³ *Emilio Augustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7 (Nov. 13, 2000) [hereinafter

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

por su propia naturaleza incompatible con la previsible y prevista realidad relativa al cambio regulatorio, especialmente en el contexto de la salud humana y el medio ambiente.

La tensión descripta aquí ha sido abordada por el Tribunal *Saluka*, que ha apuntado que, “Ningún inversor puede razonablemente esperar que las circunstancias prevalecientes al tiempo en que se realiza la inversión permanezcan totalmente inalteradas”.⁷⁴ Esta conclusión parece disponer de la cuestión.

Con todo, el punto relativo a la confianza en compromisos específicos también es relevante en la operación del estándar TJ&E en este caso, en relación con cualquier expectativa legítima. De acuerdo al razonamiento del Tribunal *CMS Gas*, “No es una cuestión de si el ordenamiento jurídico requiere ser congelado ya que siempre puede evolucionar y ser adaptado a las cambiantes circunstancias, pero tampoco es una cuestión de si el ordenamiento puede ser dispensado por completo cuando compromisos específicos al contrario han sido efectuados”.⁷⁵ De manera similar, el Tribunal *Methanex* también ha razonado que los compromisos específicos otorgados a un inversor serían relevantes en la determinación de una expropiación.⁷⁶

La cuestión relativa a la confianza del inversor en compromisos específicos otorgados por el Estado, en cuanto dimensión del estándar TJ&E, también pueden ser abordados desde la perspectiva de los derechos humanos. En esa veta, el Tribunal necesita evaluar si el Gobierno de Argentina ha otorgado compromisos específicos de que se abstendría de adoptar ciertas medidas protectoras de los derechos humanos en el evento de una crisis económica.

Maffezini].

⁷⁴ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Arbitration under the UNCITRAL Rules, Partial Award, March 17, 2006, ¶ 305.

⁷⁵ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/08, ¶ 277 (May 12, 2005).

⁷⁶ *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award, Part IV, Chapter D, ¶ 7, (August 3, 2005).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

En este respecto, el Tribunal debiera tener en consideración que ningún Estado puede validamente excluir por contrato sus obligaciones basadas en tratados, incluyendo sus obligaciones en materia de derechos humanos. Por ejemplo, cualquier compromiso que buscare congelar la regulación en materias de salud, seguridad o medio ambiente sería incompatible con la obligación positiva del Estado de proporcionar protección a la población, incluyendo frente a la interferencia por parte de terceras personas. Por consiguiente, cualquier interpretación del ABI que vuelquen los compromisos de Argentina bajo el contrato de concesión en un compromiso de vulnerar sus obligaciones de derechos humanos sería contraria al orden público del Estado. Consecuentemente, el Tribunal puede desear evitar una interpretación del contrato de concesión que conduzca hacia un conflicto directo entre las obligaciones de Argentina en materia de derechos humanos y los compromisos específicos otorgados a las Demandantes.

A la luz de las tensiones abordadas anteriormente, el mejor enfoque del estándar TJ&E es su construcción como garantía en contra de cambios *arbitrarios*. En esa vena, el énfasis sobre la racionalidad de la medida, así como sobre el debido proceso y las recursos judiciales para el examen de la medida, le permitirían a los ABIs evitar constituirse en obstáculos a la realización de los derechos humanos. En la aplicación de dicha construcción, cualquier medida *caprichosa*, desprovista de racionalidad, vulneraría el estándar TJ&E. Esto no parece ser el caso aquí, a la luz de la necesidad de asegurar acceso al agua a la población por parte del Estado en medio de una grave crisis económica y social.

B. Expropiación Indirecta

La cuestión de si la conducta gubernamental es equivalente a la expropiación, o alternativamente el ejercicio legítimo de los poderes regulatorios, también se puede beneficiar de un análisis de derechos humanos. Varios temas caen en esta canasta, y en atención a las limitaciones de espacio, los *amici* ofrecen análisis sólo sobre los siguientes:

1. si la medida se encuentra cubierta por los poderes de policía del Estado;
2. en la alternativa, si la medida es proporcional a su objetivo, a la luz de las circunstancias.

En primer lugar, en relación con los poderes de policía, la interpretación del derecho sobre la expropiación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos le ayudaría al Tribunal en su tarea jurisdiccional. En este sentido, la aplicación de la doctrina de los poderes de policía, incluyendo su aplicación a regulaciones de salud pública de importancia, podría asegurar el espacio de política pública necesario para que los Estados desempeñen sus obligaciones de derechos humanos.

En ese contexto, varias decisiones arbitrales confirman la relevancia de los poderes de policía. El laudo *Feldman*, por ejemplo, reconoció una línea que separa una regulación válida de una expropiación compensable.⁷⁷ El Tribunal *Feldman* también observó que, “los Estados, en el ejercicio de su poder regulatorio, frecuentemente cambian sus leyes y reglamentos en respuesta a cambiantes circunstancias económicas o cambiantes consideraciones políticas, económicas y sociales. Puede bien ser que esos cambios tornen

⁷⁷ Marvin Feldman v. Mexico, CASE No. ARB(AF)/99/1, Award ¶ 100 (Dec. 16, 2002).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

ciertas actividades menos lucrativas o incluso anti-económica su continuación.”,⁷⁸ y concluyó lo siguiente:

El Tribunal observa que las maneras en las que las autoridades gubernamentales pueden forzar una compañía afuera del negocio, o significativamente reducir los beneficios económicos de su negocio, son muchas. En el pasado, tributación confiscatoria, negación de acceso a infraestructura o materias primas necesarias, imposición de regímenes regulatorios irrazonables, entre otras, han sido consideradas como acciones expropiatorias. Al mismo tiempo, los Estados deben ser libres de actuar en el interés público general a través de la protección ambiental, regímenes tributarios nuevos o modificados, el otorgamiento o retiro de subsidios gubernamentales, *reducciones o aumentos en niveles tarifarios*, imposición de restricciones de edificación, y otras similares. Regulación gubernamental razonable de este tipo no puede ser alcanzada si cualquier emprendimiento que se vea afectado adversamente puede demandar compensación, y se puede decir con seguridad que el derecho consuetudinario internacional reconoce esto (...).⁷⁹

Estas consideraciones han resonado en el razonamiento de otros tribunales de inversiones. El Laudo *Methanex* concluye que, “de acuerdo al derecho internacional general, una regulación no-discriminatoria para un objetivo público, que es promulgada de acuerdo al debido proceso y que afecta, inter alios, a un inversor extranjero o una inversión no es considerada expropiatoria y compensable (...)”.⁸⁰ En esa misma dirección, el Tribunal *Saluka* ha interpretado el ABI tomando en cuenta las reglas relevantes de la costumbre internacional,⁸¹ y bajo esa luz ha concluido que,

En la opinión de este Tribunal, el principio que el Estado no comete una expropiación y por consiguiente no es obligado a pagar compensación a un inversor extranjero desposeído cuando adopta reglamentos generales que son “comúnmente aceptados como dentro de los poderes de policía del Estado” forma parte del derecho consuetudinario actual.⁸²

Las recientes decisiones arbitrales citadas demuestran que, de acuerdo a la costumbre internacional, las medidas cubiertas por los poderes de policía no requieren compensación.

En ese sentido, es generalmente aceptado que las medidas adoptadas por razones de salud

⁷⁸ *Id.* at ¶ 112.

⁷⁹ *Id.* at ¶ 103. (énfasis añadido).

⁸⁰ *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award, Part IV, Chapter D, ¶ 7, (August 3, 2005).

⁸¹ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 254 (Mar. 17, 2006).

⁸² *Id.* at ¶ 262.

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

pública caen dentro de la doctrina de los poderes de policía.⁸³ En el caso de especie, las medidas adoptadas por Argentina buscaron, *inter alia*, asegurar el acceso al agua y saneamiento a la población en medio de una grave crisis económica y social. Por consiguiente, esta medida evitó la emergencia de salud pública que hubiera resultado por la falta de acceso a agua limpia y saneamiento de millones de personas en Buenos Aires. Bajo la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la doctrina de los poderes de policía opera para distinguir estas medidas de una expropiación compensable.

En segundo lugar, en la alternativa, y para el caso que el Tribunal encuentre que el ejercicio de los poderes de policía se encuentra sujeto a un examen de proporcionalidad, el Tribunal también se beneficiaría de la aplicación de metodologías de derechos humanos.

Esta línea de razonamiento ha sido aplicada por el Tribunal *Tecmed*, que ha seguido un método de dos puntas. El Tribunal *Tecmed* primero determinó los *efectos* de la medida, y segundo evaluó si dicho impacto era *proporcional* al interés público protegido por las medidas regulatorias estatales y los poderes de policía. El Tribunal *Tecmed*, siguiendo precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, consideró oportuno, “juzgar la actuación del Estado (...) sobre la base de su razonabilidad en relación con el fin perseguido, la privación económica causada, y las expectativas legítimas de quién lo sufrió.”⁸⁴

Con respecto a los efectos de la medida, basta observar que aunque el inversor percibió un ingreso menor al que esperaba por concepto de tarifas de agua, se mantuvo en control de su inversión, manejando las operaciones cotidianas de la compañía. Esto es, en

⁸³ See e.g., G.C. Christie, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?*, 38 Brit. Y.B. Int'l L. 307, 331 (1962), *reprinted in* Bishop, Crawford & Reisman, pg. 888. (“The conclusion that a particular interference is an expropriation might also be avoided if the State whose actions are the subject of complaint had a purpose in mind which is recognized in international law as justifying even severe, although by no means complete, restrictions on the use of property. Thus, the operation of a State’s tax laws, changes in the value of a State’s currency, actions in the interest of the public health and morality, will all serve to justify actions which because of their severity would not otherwise be justifiable...”).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

contraste con el caso *Tecmed* donde la inversión fue destruida por la medida, en el caso de instancia el inversor continuó percibiendo ingresos de la concesión.

Además, con respecto al interés público protegido por la medida gubernamental, es evidente que enfrentar una medida de emergencia nacional y prevenir una crisis de salud pública se encuentran entre las máximas prioridades. Particularmente, las medidas de aplicación general adoptadas por la Argentina para hacer frente a la crisis económica que limitaron los ajustes tarifarios fueron adoptadas con vistas a realizar un claro propósito público, a saber, la salvaguarda de los derechos fundamentales de la población al agua y saneamiento.

En *Tecmed*, el tribunal concluyó que las medidas de México no podían ser justificadas bajo los poderes de policía porque las dificultades socio-políticas asociadas a la ubicación y operación del confinamiento de residuos peligrosos no constituían, “una situación de grave urgencia, crisis, necesidad o emergencia social”,⁸⁵ como tampoco revestían, “connotaciones de grave emergencia o necesidad pública, o de crisis social o de conmoción general de vasta repercusión y gravedad”.⁸⁶ En total contraste, el caso de especie implica una urgente crisis financiera y social, con el consecuente riesgo de colapso de los servicios esenciales y la resultante emergencia de salud pública.

Con todo, aun cuando el interés público involucrado en una crisis social o una emergencia de salud pública es evidente, esto no debiera conducir a limitar la proporcionalidad de la actuación estatal bajo los poderes de policía a tan graves y excepcionales situaciones. En atención a que el derecho internacional de los derechos humanos exige que los Estados actúen para prevenir infracción a derechos, ya sea durante

⁸⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. (Spain/Mexico BIT), Award, 29 May 2003, at ¶ 122.

⁸⁵ *Id.* at ¶ 139.

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

una emergencia nacional o durante tiempos normales, cualquier determinación de un umbral de proporcionalidad que dependa de la verificación de una situación de emergencia sería incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque el examen de la proporcionalidad como mecanismo de control del ejercicio de los poderes de policía introduce un puente entre el derecho sobre inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos, esta avenida no se encuentra desprovista de dificultades conceptuales. El examen de la proporcionalidad en controversias de inversiones es problemática porque invita a tribunales a evaluar la legitimidad del interés público involucrado y balancearlo frente a los derechos de los inversores. Dicha evaluación y balance exige que los derechos en tensión se encuentren en el mismo plano axiológico. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha enfatizado la distinción jurídica entre derechos humanos y derechos de los inversores, la cual es por consiguiente de relevancia para cualquier examen de proporcionalidad.⁸⁷ Esta distinción se apoya en el hecho que los derechos de los inversores son herramientas de política económica, mientras que los derechos humanos reflejan el reconocimiento de la inalienable e inherente dignidad de la persona humana. A mayor abundamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a seguido el enfoque del Comité de Derechos Humanos del PIDCyP en considerar que las personas jurídicas no tiene *locus standi*.⁸⁸ Por consiguiente, la diferencia en la naturaleza jurídica entre los derechos humanos y las

⁸⁶ *Id.* at ¶ 147.

⁸⁷ *Human Rights, Trade, and Investment, Report of the High Commissioner for Human Rights*, ¶ 24, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2003).

⁸⁸ Bernard Merens and Family v. Argentina, Inter-Am. Comm'n on Hum. Rts., Report No. 103/99, ¶ 16 (September 27, 1999) (*citing* A Newspaper Publishing Co. v. Trinidad & Tobago, Communication No. 360/1989, Report of the Human Rights Committee, U.N. GAOR, 44th Sess., Supp. No. 40, Annex XII.L, at 307, U.N. Doc. A/44/40 (1989)), *available at* <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Inadmissible/Argentina.Merens.htm>.

protecciones a los inversores/inversiones significa que ellos operan en planos diferentes y por tanto no es posible balancearlos.

A la luz de este análisis, resulta más apropiado reconocer y aplicar la doctrina de los poderes de policía en cuanto medio para salvaguardar el espacio de política necesario para que el Estado desempeñe sus obligaciones de derechos humanos. Consideraciones de proporcionalidad son innecesarias cuando la aplicación de los poderes de policía se limitan a situaciones genuinas que involucran el interés público, como son las regulaciones de salud pública. En este sentido, los estrechos vínculos entre la salud pública y el acceso al agua y saneamiento en el caso de especie llevan a concluir que las medidas de la Argentina se encuentran justificadas sobre la base de la doctrina de los poderes de policía.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS PODRÍAN DESPLAZAR AL DERECHO SOBRE INVERSIONES

Los derechos humanos podrían desplazar al derecho sobre inversiones en dos situaciones examinadas en esta sección, a saber, en el caso de un conflicto de normas y en un estado de necesidad.

1. Conflicto de Normas

Los derechos humanos podrían desplazar al derecho sobre inversiones en caso de un conflicto de normas, *i.e.*, donde el Estado receptor de la inversión se ve impedido de cumplir simultáneamente con sus obligaciones en materia de derechos humanos y de inversiones. Un conflicto de normas podría configurarse si el Tribunal encontrase que, en un contexto de severa crisis económica, las garantías ofrecidas a los inversores extranjeros en relación con el

equilibrio económico de la concesión fuesen incompatibles con el deber del Estado de asegurar el acceso al agua de su población. Sin embargo esta conclusión no es necesaria para la resolución de este caso, en tanto la interpretación contextualizada del derecho sobre inversiones otorga avenidas para la acomodación y el diálogo normativo. De todas formas, en el caso que exista un conflicto de normas, la primacía de los derechos humanos debe ser reconocida y hacerse efectiva.⁸⁹

La primacía de los derechos humanos ha sido reconocida por la comunidad internacional en la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos, la que concluyó que “Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos.”⁹⁰ La primacía de los derechos humanos también surge del carácter imperativo (*Ius Cogens*) de ciertos derechos humanos, incluido el derecho a la vida, a la igualdad y la no-discriminación. Además, la primacía de los derechos humanos también puede establecerse en base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que determinó en el caso de *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras* que los Estados tiene el deber de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁹¹

A la luz de la primacía de los derechos humanos, un conflicto de normas sería resuelto en este caso justificando el tratamiento dado al concesionario de agua en base a las obligaciones en materia de derechos humanos del Estado receptor de la inversión.

⁸⁹ Ciertas técnicas para resolver conflictos de normas también son relevantes para este análisis, pero por falta de espacio no podemos elaborarlas.

⁹⁰ Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Declaración de Viena y Programa de Acción, Artículo 1, A/CONF.157/23, (12 de Julio de 1993).

2. El Estado de Necesidad como Causa de Exclusión de la Ilícitud

Un segundo caso en el que el derecho sobre inversiones podría ser desplazado se refiere al estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud. En este contexto, las consideraciones en materia de derechos humanos relativas al riesgo de colapso de servicios esenciales, particularmente en el marco de una severa crisis económica, son relevantes en cualquier análisis del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud. Al respecto, el Tribunal *LG&E* reconoció que “un estado de necesidad se verifica por aquellas condiciones en las cuales el Estado se encuentra amenazado por un peligro grave [...] para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales”, y citó a Roberto Ago y a Julio Barboza como autoridades en la materia.⁹²

En este sentido, los *amici* desean hacer hincapié en que el estado de necesidad no es aplicable a tratados de derechos humanos que garantizan derechos en estados de emergencia nacional. Como clarificó la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su comentario a los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, el estado de necesidad no puede invocarse como causa de exclusión de la ilicitud cuando la obligación primaria en cuestión excluya esa posibilidad, tanto implícita como explícitamente.⁹³ Es el caso, por ejemplo, de la Convención Americana

⁹¹ Caso Velásquez-Rodríguez c. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OAS/Ser. L/V/III. 19, doc. 13, app. VI, ¶ 166 (1988).

⁹² *LG&E Energy Corp c. Argentine Republic*, CIADI Caso N° ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de Octubre de 2006, ¶¶ 246, 251& 257.

⁹³ Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Comentario sobre el Artículo 25 (2) ¶ 19; Documentos Oficiales de la Asamblea General, 56 período de sesiones, Supp. No. 10 (A/56/10). Traducción no oficial del texto como aparece en el anexo a la Resolución de la Asamblea General 56/83 del 12 de Diciembre de 2001.

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

de Derechos Humanos, que específicamente incorpora garantías especiales en materia de derechos humanos en casos de emergencia nacional.⁹⁴

V. CONCLUSIÓN

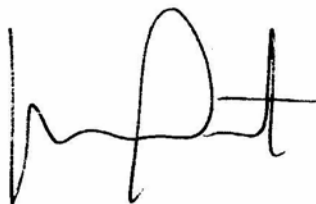
Los *Amici* esperan sinceramente que este escrito de *amicus curiae* contribuya a la tarea jurisdiccional del Tribunal en la resolución de esta controversia. Como el mismo Tribunal ha notado, la decisión que adopte tendrá profundas implicancias en el desarrollo progresivo del derecho internacional y la realización efectiva del derecho humano al agua.

FIRMAN,

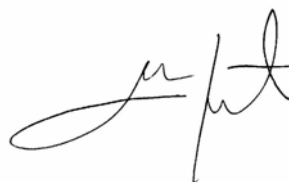
POR EL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES



**Gastón Chillier,
Abogados**



Jimena Garrote,



Carolina Fairstein,

POR LA ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA



Ezequiel Nino, Abogado

⁹⁴ *Ver p.ej.* Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Ser. A) No. 9 (1987).

Escrito de Amicus Curiae

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. La República Argentina

POR CONSUMIDORES LIBRES COOPERATIVA LTDA. DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE ACCIÓN COMUNITARIA



Ariel Caplan, Abogado

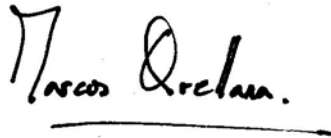
POR LA UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES



Dr. Horacio Luis Bersten

, Abogado

POR EL CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW (CIEL)



Marcos Orellana, Abogado

Fecha: 4 de abril del 2007