

# Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick

*HARMONIZATION BETWEEN HUMAN RIGHTS AND FOREIGN INVESTMENT IN LATIN AMERICA, THROUGH THE ARBITRATION INVESTMENT TRIBUNALS, BASED ON NEIL MACCORMICK'S THEORY*

*HARMONIZAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA AMÉRICA LATINA, POR MEIO DE TRIBUNAIS DE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS, COM BASE NA TEORIA DE NEIL MACCORMICK*

*María Alejandra Arévalo Moscoso<sup>1</sup>*

## Resumen

El artículo propone, desde una metodología interpretativa, que los tribunales de inversión pueden contribuir a la armonización entre Derechos Humanos y el Derecho Internacional de las Inversiones haciendo uso de la teoría de argumentación jurídica de Neil MacCormick. Este muestra que una interpretación inclusiva de derechos humanos en asuntos de inversión es un “problema de interpretación” que exige una “justificación de segundo orden”. Para ello, presenta “argumentos de consistencia”, “argumentos de coherencia” y “argumentos consecuencialistas” que podría usar la práctica arbitral en sus fallos para cumplir con los requisitos de universalidad, coherencia y consistencia, necesarios en este tipo de justificación. Entre ellos, se destacan como argumentos que ambos regímenes (derechos humanos e inversión extranjera) no son contradictorios ni excluyentes; que la armonización asegura la coherencia de valores dentro del sistema jurídico internacional; y que la función arbitral, por su naturaleza dinámica, es un ente protagónico favorecedor de la armonización. Finalmente, se concluye que la teoría de justificación de decisiones jurídicas de MacCormick da respuesta a una de las necesidades propias del pluralismo legal contemporáneo sobre fragmentación del derecho internacional, favoreciendo el acercamiento entre derechos humanos e inversión extranjera a partir de la función arbitral.

## Palabras clave

Armonización; derechos humanos; inversión extranjera; MacCormick; justificación de decisiones jurídicas.

## Abstract

*From an interpretative methodology, this article proposes that arbitrators can contribute to the harmonization between Human Rights and International Investment Law, based on MacCormick's theory. This shows that an inclusive interpretation of human rights in investment matters is an “interpretation problem” that requires a “second-order justification.” To do this, it presents “consistency arguments”, “coherence arguments” and “consequentialist arguments” that arbitration practice could use in its cases to comply with the universality, coherence, and consistency requirements, necessary in this type of justification. Among others, the paper stands out as arguments that both regimes (human rights and foreign*

*investment) are not contradictory or exclusive; that harmonization ensures the coherence of values within the international legal system; and that the arbitration function, due to its dynamic nature, is a leading entity that favors harmonization. The conclusion suggests that MacCormick's theory of legal reasoning responds to one of the needs of contemporary legal pluralism about the fragmentation of international law, favoring the rapprochement between human rights and foreign investment based on the arbitration function.*

#### **Keywords**

*Harmonization; human rights; international investment; MacCormick; legal reasoning.*

#### **Resumo**

*A partir de uma metodologia de pesquisa interpretativa que percorre a teoria da argumentação de Neil MacCormick, este artigo abrange a contribuição na harmonização jurídica entre direitos humanos e direito internacional do investimento desenvolvida pelos tribunais de investimento. A perspectiva da interpretação inclusiva dos direitos humanos em questões de investimento é um "problema de interpretação" que requer uma "justificativa de segunda ordem". Para tanto, apresenta os "argumentos de consistência", os "argumentos de coerência" e os "argumentos consequencialistas" que a prática arbitral poderia adotar para estruturar suas decisões visando atender aos requisitos de universalidade, coerência e consistência, indispensáveis nesse tipo de justificativa. Destacam-se os seguintes argumentos: ambos os regimes (direitos humanos e investimento estrangeiro) não são contraditórios ou exclusivos; a harmonização garante a coerência dos valores dentro do sistema jurídico internacional; e a função de arbitragem, naturalmente dinâmica, é uma entidade líder que favorece a harmonização. Em suma, conclui-se que a teoria de justificação das decisões judiciais de MacCormick atende a uma das necessidades do pluralismo jurídico contemporâneo na fragmentação do direito internacional, favorecendo a aproximação entre direitos humanos e investimento estrangeiro com sustento na função de arbitragem.*

#### **Palavras-chave**

*Harmonização; direitos humanos; investimento estrangeiro; MacCormick; justificativa das decisões judiciais.*

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Hasta la década de los 80, América Latina se había caracterizado por un proteccionismo estatal, marcado por su renuencia sobre la apertura hacia la inversión extranjera directa y al

• • •

1 Este artículo es el resultado de la investigación del proyecto "Armonización entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos en Latinoamérica, a través de los tribunales arbitrales internacionales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick" (Cod. Investigar PUJ 1009, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia).

acceso a mecanismos internacionales de solución de controversias entre Estados receptores de inversiones e inversionistas extranjeros. Los ordenamientos jurídicos regionales privilegiaban la aplicación de la cláusula Calvo y la Doctrina Drago, cuya naturaleza negaba que los nacionales de otros países tuvieran derechos y privilegios especiales en cuanto a los reclamos de extranjeros contra los Estados receptores, de tal manera que los conflictos debían dirimirse exclusivamente mediante el uso de los recursos y tribunales dispuestos por la legislación interna (SUÑÉ, 2015, p. 193). No obstante, a partir de los años 90, la región se vio inmersa en un proceso de transformación, permeado por aires de globalización, liberalización comercial y financiera, y apertura económica, materializados, en parte, en el consenso de Washington que propugnaba, entre otras reformas estructurales, una liberalización de la inversión extranjera directa. Como consecuencia, los Estados comenzaron a fortalecer sus políticas de atracción a la inversión extranjera, a flexibilizar sus ordenamientos jurídicos, y a favorecer la suscripción de tratados bilaterales en materia de inversiones (TBI), cuya finalidad radica en la protección de las inversiones en los países receptores. Esta práctica se convirtió en una regla imperante en casi toda la región, permitiendo así la movilización de grandes recursos, capital y fuentes de financiación extranjeros, produciendo como resultado una proliferación de TBI, muchos de los cuales atribuían competencia a instituciones internacionales, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), para administrar la solución de conflictos inversionista-Estado receptor.

Desde aquellas épocas, el auge del favorecimiento de las inversiones extranjeras ha convivido con una realidad latente y en ocasiones generadora de tensiones en los países latinoamericanos: el fortalecimiento del régimen de protección interamericano de los derechos humanos. La existencia de diversos procesos dictatoriales en la región que devenían de las décadas de los 60 y 70 (especialmente del cono sur) y los conflictos armados no internacionales que se presentaron en Centroamérica en el mismo periodo, una vez finalizados, despertaron un auge de la protección y garantía de derechos humanos, gracias al papel de órganos de protección internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (Caso Argentina 1979) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Casos Honduras, Guatemala y Perú).

La entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en 1978, facilitó a varios países de América del Sur una transición hacia una democracia constitucional más garantista; y la resolución de luchas históricas, conflictos armados, salvaguardia de comunidades indígenas y campesinas, entre otros temas, tratados en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), motivaron una reformulación estructural del direccionamiento estatal, que pasó a ser un fuerte garante del bienestar colectivo, y la defensa de los derechos humanos (ABRAMOVICH, 2009, p. 18). Desde su nacimiento, la Corte IDH se ha dado a la tarea de difundir la obligatoriedad del SIDH bajo la doctrina del Control de Convencionalidad que, desarrollado desde la propia jurisprudencia de esta Corte, obliga a los Estados a adaptar su ordenamiento jurídico interno no solo a las

disposiciones de la CADH, sino también a la interpretación que de ella hace la Corte IDH, ya sea en sus sentencias o en sus opiniones consultivas. Si bien, en la actualidad, ambos regímenes internacionales (inversión extranjera y derechos humanos) son ampliamente considerados en las jurisdicciones internas y en las actuaciones estatales en América Latina, ha sido la práctica del régimen de protección de los derechos humanos la que ha determinado el fortalecimiento del derecho internacional en la región, creando un contexto *sui generis* y una doctrina propia latinoamericana del derecho internacional (TRINDADE y VIDAL, 2003, p. 58), caracterizada por su heterogeneidad cultural, política, social y geográfica que exige especial énfasis en la protección de derechos humanos. Así, tal interrelación entre el régimen interamericano de protección de derechos humanos y el régimen de inversiones exige una armonización y coordinación entre los dos sistemas en Latinoamérica.

Empero, el problema radica en que los tribunales arbitrales internacionales, al interpretar y resolver disputas entre inversionistas y Estados receptores de inversión en Latinoamérica, han omitido considerar la interrelación entre ambos regímenes, esto es, entre las obligaciones internacionales del SIDH y las obligaciones internacionales contenidas en los TBI, Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), Tratados de Libre Comercio (TLC) o contratos de inversión. Según exponen Polanco y Mella (2018), hasta el momento los tribunales arbitrales no han profundizado lo suficiente en la interconexión entre derechos humanos e inversiones, en especial en América Latina, impidiendo el aprendizaje recíproco de lecciones.

Los tribunales arbitrales, en su interpretación y resolución de conflictos sobre arbitraje internacional de inversiones, solo han delineado delgados puntos de encuentro entre ambos regímenes y, en la mayoría de ocasiones, han evitado referirse a la protección de los derechos humanos, apelando a la competencia material restringida que les es conferida por los TBI o APPRI, muchos de los cuales, como el Tratado de la Carta de la Energía (TCE), no incluyen entre sus disposiciones temas de derechos humanos. Investigaciones de Kube y Petersmann (2016) demuestran que la práctica arbitral se ha referido *ex officio* a asuntos de derechos humanos solo ocasionalmente; que los tribunales arbitrales asimilan el reconocimiento de derechos humanos como el derecho al debido proceso, tomándolo más como metodología y principio de equidad y equilibrio procesal, que como un enfoque integral de derecho (*right-based approach*), el cual implica la integración de los derechos humanos como un régimen legal autónomo compuesto por derechos legalmente exigibles. La única excepción a esta tendencia general es el derecho de propiedad, mientras que otros derechos humanos sustantivos, como los derechos indígenas o el derecho al agua, no se toman en consideración.

Este inconveniente implica que, en el curso de la controversia arbitral de inversión, cuando un inversionista apela a la protección de su inversión como garantía del derecho humano a la propiedad, o cuando un Estado receptor de una inversión invoca como defensa ante el incumplimiento de los estándares de protección a las inversiones extranjeras el cumplimiento de obligaciones interamericanas en materia de protección de derechos humanos, los tribunales

arbitrales se apegan a la independencia de estos regímenes jurídicos y desconocen su interconexión, conllevando a la desprotección de la inversión como derecho humano (bajo el concepto de propiedad) o atribuyendo responsabilidad internacional a un Estado que quebrantó sus obligaciones internacionales contenidas en acuerdos o contratos de inversión por evitar afectaciones a derechos humanos (ARENAS, 2015).

Esta interpretación independiente y desconectada entre derechos humanos e inversiones por parte de los tribunales arbitrales en Latinoamérica ha generado, en la práctica, un choque de valores (LATORRE, 2016, p. 130) cristalizado por dos fuentes de derecho distintas: el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos, dificultando la protección de derechos humanos *vis a vis* con la protección a las inversiones extranjeras, especialmente en casos en los cuales una inversión foránea confluye con el amparo a sujetos y/o materias protegidas por los derechos humanos: individuos, colectividades o recursos naturales (*v.gr.* privatización de servicios públicos, concesiones para la explotación de recursos no renovables en territorios indígenas o tribales).

El problema aquí planteado constituye un problema de interpretación jurídica, en el cual armonizar derechos humanos e inversión extranjera enfrenta a los tribunales arbitrales a un caso difícil de interpretación del derecho, que les exige apartarse de los criterios de interpretación ya establecidos en los precedentes arbitrales, y formular nuevas interpretaciones inclusivas. A partir de esta consideración, es viable vincular el problema aquí esbozado con las *teorías de argumentación jurídica*, campo que se cataloga como uno de los principales centros de interés de la actual teoría y filosofía del derecho (ATIENZA, 2005, p. 106). Entre las diversas teorías formuladas en los últimos años, la teoría *de justificación de decisiones jurídicas* de MacCormick ha tenido gran acogida y difusión, pues aborda uno de los problemas centrales de la teoría moderna del derecho: cómo justificar racionalmente una decisión jurídica en casos difíciles, casos en los cuales el juez requiere la formulación de nuevas reglas. La teoría de MacCormick se destaca por su afán integrador que trata de recoger la práctica judicial positiva, para reformularla normativamente conforme a una perspectiva crítica y una realidad compleja y dinámica; esta no solo se preocupa por comprender qué hacen los jueces, sino cómo deberían actuar en un marco normativo realista y pragmático (SUÁREZ-LLANOS, 2006, p. 177).

En mérito de todo lo esbozado, el presente artículo busca establecer el modo en que los tribunales arbitrales internacionales de inversión, mediante su interpretación y resolución de controversias sobre inversión extranjera, pueden contribuir a la armonización entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos en Latinoamérica, a partir de la teoría de Neil MacCormick.

Para el alcance de ese objetivo, en primera instancia se delimitará el *status* actual de la interrelación entre inversión extranjera y derechos humanos en Latinoamérica y su falta de reconocimiento en los fallos de arbitraje de inversión, identificándose los efectos, para los

Estados receptores de la inversión, del no reconocimiento de dicha interrelación. Posteriormente, se establecerá la manera en que la teoría de MacCormick permitirá armonizar el régimen de protección a la inversión extranjera y el régimen de protección de derechos humanos en Latinoamérica, proponiéndose criterios de interpretación y resolución de controversias sobre inversión extranjera que deben ser usados por los tribunales arbitrales para alcanzar tal armonización. Para finalizar, se presentarán algunas conclusiones.

### **I. STATUS ACTUAL DE LA INTERRELACIÓN ENTRE INVERSIÓN EXTRANJERA Y DERECHOS HUMANOS EN FALLOS DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN LATINOAMERICANOS Y EFECTOS PARA LOS ESTADOS ANFITRIONES**

El marco jurídico de protección de los derechos humanos en Latinoamérica impone a los Estados el deber de garantizar la plena vigencia de los mismos, asumiendo como agente obligaciones inherentes de respeto y garantía de tales derechos, según lo establece la CADH en sus artículos 1º y 2º (OPINIÓN CONSULTIVA OC/6-86, 1986). A estas dos obligaciones se suma el deber de adopción de medidas internas, que compromete a los Estados a adoptar medidas legislativas y de cualquier otro tipo para hacer efectivos los derechos reconocidos en el sistema interamericano (CASO CASA NINA vs. PERÚ, 2020, p. 30).

Este contexto de respeto y garantía de derechos humanos convive con las obligaciones internacionales emanadas de los TBI y APPRI, los cuales reconocen como estándares de protección de las inversiones el “Trato Justo y Equitativo”, la “Protección y Seguridad Plena”, “No Discriminación” y “Expropiación Lícita” (REINISCH, 2008). Estos estándares implican la obligación de un Estado de actuar de manera transparente y razonable, sin arbitrariedad, de manera imparcial, para respetar las expectativas legítimas de los inversores (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT UNCTAD, 2012); el deber de proteger la inversión de los efectos adversos (SCHREURER, 2010, p. 1); el respeto a los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida (HUBER, 2017); y la prohibición de expropiación ilícita (RATNER, 2017, p. 7).

Esta realidad jurídica latinoamericana, enmarcada por este binomio, ha tenido efectos en los contextos de los Estados miembros del SIDH, generando una interrelación entre el SIDH y el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) (CASO COMUNIDAD INDIGENA SAWHOYAMAXA vs PARAGUAY, 2006, p. 75). Así, importante porcentaje de los Estados de la región tienen comprometida su responsabilidad internacional en los dos frentes, por lo cual varios arbitrajes precedentes tienen como objeto de la controversia situaciones de tensión o interrelación entre derechos humanos y DII.

Pese a ello, los tribunales arbitrales de asuntos latinoamericanos sobre inversión extranjera no han analizado en profundidad tal situación. Ello al margen de que solo la minoría de los TBI vigentes hacen referencia a asuntos de derechos humanos o medioambiente, siendo su abordaje débil y limitado al preámbulo de los tratados, ante la falta de acceso a los mecanis-

mos de resolución de disputas permitidos por los TBI por incumplimiento de asuntos por fuera de los estándares de protección de las inversiones (GUNTRIP, 2016).

En un estudio realizado por Arévalo y Núñez (2020, p. 235) sobre el abordaje de derechos humanos por parte de tribunales de inversión en controversias sobre servicios públicos en Latinoamérica, se identificaron solo tres casos en los cuales el tribunal arbitral apeló a los derechos humanos en la estructuración de su argumentación jurídica; en todo caso, los autores concluyen que los tribunales son renuentes a plantear una relación directa entre derechos humanos e inversión extranjera, y pese las referencias a los derechos humanos, continúan abordando el derecho internacional de las inversiones como *lex specialis*, como un sistema cerrado con poca apertura hacia otros regímenes del Derecho Internacional.

En ciertos asuntos arbitrales, se ha negado u omitido la relación entre Derechos Humanos e inversión extranjera. Así, el tribunal *ad hoc* que conoció la anulación del caso *Azurix vs. Argentina* (2003, p. 102) al decidir sobre la aplicación analógica por parte de Argentina al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), descartó la interrelación entre tratados de inversiones y tratados con disposiciones diferentes, señalando que comparaciones con tratados distintos a inversiones son de poca utilidad. En el caso *Impregilo vs. Argentina* (2011, p. 82), aunque el Estado señaló la necesidad de una interpretación armónica entre inversiones y derechos humanos, en particular con el derecho humano al agua, el tribunal no hizo referencia expresa a derechos humanos en su análisis, limitándose a desarrollar lo pertinente al estado de necesidad. En otros casos, los tribunales arbitrales han referido instrumentos de protección de derechos humanos, y jurisprudencia de derechos humanos, meramente como mecanismos de interpretación y delimitación del alcance de conceptos como proporcionalidad en el marco del interés público<sup>2</sup> o cláusulas de excepción.<sup>3</sup>

Los mayores avances en el reconocimiento de la conexión entre derechos humanos e inversiones se presentan en casos en los cuales se ha reconocido la conexión entre ejercicio del poder policial del Estado con la protección de derechos humanos,<sup>4</sup> o en litigios en los

...

- 2 En el caso *Tecmed vs. México*, el tribunal se refirió a la proporcionalidad de las medidas potencialmente expropiatorias con las exigencias del interés público presuntamente tutelado, haciendo uso de la jurisprudencia en materia de derechos humanos como medio de interpretación de las obligaciones que deben ser garantizadas a los inversores con respecto a las expropiaciones de propiedades. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*.
- 3 En el caso *El Paso vs. Argentina*, el tribunal rechazó la defensa de necesidad de Argentina frente a los reclamos de El Paso a partir del artículo 27 de la CADH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que demuestra que las cláusulas de emergencia están lejos de ser auto-juzgables. *El Paso Energy International Company vs. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15*.
- 4 En el caso *Philip Morris vs. Uruguay*, el tribunal consideró que la adopción de las medidas impugnadas en Uruguay es entendida como un ejercicio válido del poder policial del Estado de protección de la salud

que los tribunales arbitrales han posicionado ambos regímenes en condiciones de igualdad, reconociendo que las obligaciones en materia de derechos humanos e inversión no son mutuamente excluyentes;<sup>5</sup> y que ambos sistemas vinculan tanto a Estados receptores de inversión como inversionistas, sin que ello implique una transferencia de las responsabilidades de respeto y garantía de derechos humanos hacia particulares.<sup>6</sup>

Con todo, se evidencia la falta de profundidad por parte de los tribunales en el abordaje de la interrelación entre Derechos Humanos y DII, lo cual genera una exigencia de comportamientos incompatibles para los Estados receptores de inversión en Latinoamérica, quienes enfrentan un dilema en materia de cumplimiento de obligaciones internacionales: si introducen una medida regulatoria para asegurar la vigencia de derechos humanos, corren el riesgo de infringir estándares de protección de las inversiones extranjeras; si no introducen esas medidas, pueden ser objeto de reclamos por parte de los afectados directos de tal omisión (BOHOSLAVSKY y JUSTO, 2011). Esta encrucijada es inadvertida por los tribunales arbitrales, quienes enfocan su análisis en el marco jurídico estricto del derecho internacional de las inversiones (*lex specialis*), condenando a los Estados al pago de indemnizaciones sin considerar el contexto amplio de los casos en cuestión.

Un ejemplo de lo comentado se evidencia en el caso de Argentina, que se vio enfrentada a varias controversias internacionales por incumplimiento de obligaciones consagradas en los TBI, en el marco de la crisis institucional, social y económica entre 1998 y 2002. En sus escritos de defensa, el Estado basó sus argumentos en la supremacía constitucional de los derechos humanos en el derecho argentino,<sup>7</sup> empero los argumentos de Argentina no fueron acogidos

...

pública. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. vs. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

5 En el caso *Vivendi vs. Argentina*, el tribunal arbitral concluyó que el Estado está sujeto a obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y en materia de inversión, que ambos tipos de obligaciones no son mutuamente excluyentes. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

6 En la disputa *Urbaser vs. Argentina*, el tribunal reconoció la obligación conjunta entre inversionista-Estado en la protección de derechos humanos, y señaló que el TBI debe interpretarse en armonía con otras normas del derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos. Pese a este reconocimiento, el tribunal expresó que ello no implica que ninguna de las disposiciones del TBI tiene el efecto de extender o transferir a la Concesionaria una obligación de suministrar los servicios, cumpliendo con el derecho humano de los habitantes de acceder a los servicios de agua y saneamiento. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26.

7 Ver laudo *Siemens A.G. vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8.



por los tribunales arbitrales, como se evidencia en el caso *Azurix vs. Argentina* (2003, p. 102) donde el tribunal señaló que “no logra comprender la incompatibilidad invocada en las circunstancias del caso [...]”, aunque curiosamente, al estudiar los efectos, intención y duración de las medidas de expropiación, el mismo se refirió a las conclusiones del tribunal en el caso *Tecmed vs. México* (2003) —en el cual este se orientó por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos—, y expresó que esos elementos adicionales brindan una orientación útil para los fines de determinar si las medidas reglamentarias serían expropiatorias y darían lugar al pago de una indemnización.

Otro efecto desfavorable para los Estados receptores de inversión tiene que ver con la posibilidad de que estos puedan verse tentados a entrar a un estado de enfriamiento regulatorio, esto es, la inhibición que sufren los Estados receptores de inversión para modificar y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera las consecuencias legales que podrían sobrevenir (ROSE-ACKERMAN y ROSSI, 2000).

Adicionalmente, en los casos en que una inversión extranjera verse sobre la prestación de servicios de interés público en el Estado anfitrión, podría suceder que los Estados se vean enfrentados a un doble litigio: por un lado, ante un tribunal arbitral de inversiones por la presunta desprotección de estándares de inversión, resaltando que, en la actualidad, la interpretación de tales estándares suele ser expansiva y subestima las potenciales consecuencias negativas en los procesos decisorios estatales y otras cuestiones de interés público (MANN, 2006); pero, por otro lado, como resultado de falencias en la prestación del servicio público ofrecido por el inversionista, los Estados podrían ser demandados ante el SIDH por fallas en la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público (CASO ALBAN CORNEJOY OTROS vs. ECUADOR, 2007, p. 35).

Ello implicaría que el Estado podría verse inmerso en el pago de una doble indemnización, cuyo monto en el derecho internacional de las inversiones es tasado sin consideraciones sobre actuaciones estatales de buena fe que pudiesen reducir su estimación. Ejemplo de ello se evidencia en el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena vs. Costa Rica* (2000, p. 192), en el que el tribunal arbitral dispuso que “*la expropiación por razones ambientales, aun cuando sea legítima y en línea con el interés público, no afecta la naturaleza ni la extensión de la indemnización que se debe conceder al inversor*”.

La misma situación de doble litigio podría presentarse en casos donde la inversión se asienta en zonas con presencia de comunidades indígenas, como se demuestra en el ya citado caso de la *Comunidad Indígena Sawhoymaxá vs. Paraguay*, en el que Paraguay justificó la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas con el cumplimiento del TBI firmado entre Alemania y Paraguay. En el fallo, la Corte determinó que “*el tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes ‘por causa del interés público’, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas*” (CASO COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA vs. PARAGUAY, 2006, p. 75) y no consideró esto como suficiente para justificar la falta de materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad.

La disociación en laudos arbitrales entre Derechos Humanos e Inversiones también desalienta a los Estados demandados a invocar —potencialmente— como parte de su contestación vulneraciones a los derechos humanos cometidas por el inversionista, no con miras a exonerarse de la responsabilidad estatal en el régimen de inversiones, sino a demostrar que una inesperada y grave violación de derechos humanos excede lo que los Estados anfitriones podrían haber esperado del funcionamiento normal de la inversión y, por ende, permitiría demostrar que el Estado anfitrión actuó en el mejor interés de su población al vulnerar disposiciones del TBI (GUNTRIP, 2018, p. 7).

Con esto, es imperante que este acercamiento se agudice, siendo necesario formular estrategias para alcanzar una armonización entre los dos regímenes; por lo que enseguida se propondrá una estrategia de armonización entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos para Latinoamérica, cuyo enfoque se centra en la labor interpretativa de los tribunales arbitrales de inversión, y que presenta como eje articulador la teoría de Neil MacCormick.

## **2. DECISIONES ARBITRALES SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA INCLUSIVAS EN DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA A PARTIR DE LA TEORÍA DE NEIL MACCORMICK**

MacCormick concibe el Derecho como un “ordenamiento normativo institucional” e incluye formas de orden estatales además de formas no institucionalizadas, dando pie a una suerte de pluralismo jurídico. Este provee marcos para contribuir a configurar el Estado y crear en el ámbito del Estado las condiciones para la existencia y florecimiento de la sociedad civil (MACCORMICK, 2009).

La teoría de MacCormick, tomando como base la teoría neoinstitucional del Derecho, ofrece una propuesta que articula una teoría argumentativa moderna y presenta herramientas de la labor judicial en el marco del Estado de Derecho constitucional actual y su amplia panoplia de derechos sustentados por principios, donde la justificación de un fallo es un proceso decisonal razonado y razonable, orientado a completar una justificación interna de una decisión, con una justificación externa garante de la corrección de la resolución jurídica (SUÁREZ-LLANOS, 2006, p. 175).

Para el autor, basar el razonamiento legal en la teoría institucional del derecho debe entenderse como una declaración de inseparabilidad social del orden institucional con el concepto de interpretación, que requiere que el observador tome una posición interna en relación con el sistema legal (MACCORMICK, 2009). Así, la labor de argumentación es una enunciación de razones públicas por parte de las autoridades comprometidas con la justicia equitativa, que incorpora múltiples circularidades lógicas producto de una perspectiva comprensiva del fenómeno jurídico, visto como la dialéctica permanente entre lo que ha sido y lo que es considerado como establecido, y el continuo proceso dinámico de tratar de definir nuevos problemas satisfactoriamente (MACCORMICK, 1978).

Al desarrollar su teoría, el autor comienza estableciendo que el proceso de aplicar leyes es central para la actividad legal. El papel de un intérprete de la ley es ser guardián de la idea del Estado de Derecho (*Rule of Law*). Esta función permite asegurar, utilizando las herramientas interpretativas disponibles, la realización de los valores resultantes del funcionamiento del Estado de Derecho en un sistema jurídico dado (MACCORMICK, 2010, p. 28). Por ello, estudiar la estructura racional de este proceso es esencial para explicar el carácter del razonamiento legal (*legal reasoning*) como una rama del razonamiento práctico. Para él, el razonamiento legal involucra, al mismo tiempo, una justificación deductiva y elementos no deductivos, siendo estos últimos los que le otorgan el razonamiento legal, y muestran su paralelismo con el razonamiento moral, pues tanto el razonamiento moral como el razonamiento legal son subconjuntos del razonamiento práctico. El intento de hacer justicia en el foro legal se fundamenta en la concepción de la justicia, siendo una concepción moral o moralmente defendible de la justicia (MACCORMICK, 2008).

Según expone, el razonamiento legal está vinculado con la justificación, pues su función está vinculada con “lo correcto” en situaciones de elección; por ello, a menudo, la práctica judicial se ve enfrentada a “casos fáciles” y “casos difíciles”. Los primeros son de fácil resolución, pueden ser resueltos a través de una argumentación deductiva, en la cual las premisas causan la conclusión, *a contrario sensu* de los segundos, que requieren una argumentación de segundo orden, basada en la elección entre dos decisiones posibles. En todo caso, ambos escenarios requieren para su resolución el uso de los mismos métodos interpretativos y el uso de actividades judiciales interpretativas para alcanzar una decisión correcta (MACCORMICK, 2010, p. 278).

MacCormick divide los casos difíciles en *problemas de interpretación*, que se presentan cuando no hay duda sobre la normatividad aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura; *problemas de relevancia*, que plantean la discusión sobre la existencia o no de una norma aplicable al caso, por lo que afectan la premisa normativa; y *problemas de clasificación*, que se presentan cuando no existen dudas sobre la ocurrencia de determinados hechos primarios, pero se discute si estos pueden integrar o ser subsumidos en el supuesto de hecho de la norma.

Para la resolución de un caso, la justificación deductiva no es suficiente, sino que debe apelarse a una justificación de segundo nivel. En una justificación de segundo nivel, las decisiones jurídicas deben tener sentido en relación con dos aristas: **i)** en relación con el sistema jurídico, lo cual significa cumplir con los requisitos de consistencia y coherencia. El *requisito de consistencia* implica que la decisión se base en premisas normativas que no entren en contradicción con normas válidamente establecidas. El *requisito de coherencia* requiere el análisis si la norma puede subsumirse bajo una serie de principios generales o valores que configuren una forma de vida satisfactoria. La coherencia debe ser normativa y narrativa. La primera es un mecanismo de justificación que supone la idea de que el derecho es una empresa racional, está de acuerdo con la noción de universalidad y permite considerar las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, porque promueve la certeza del derecho, ya

que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico —pero sí sus principios básicos—; mientras la coherencia narrativa, relevante para la justificación de conclusiones acerca de cuestiones fácticas, justifica las creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él. En la idea de coherencia normativa se basan dos tipos de argumentos para la resolución de casos difíciles: argumentos a partir de principios y argumentos por analogía (MACCORMICK, 1978). **ii)** Además, las decisiones jurídicas deben satisfacer el *requisito de la exigencia de justicia*, es decir, deben tener sentido en relación con el mundo, lo que significa que deben analizarse en relación con las consecuencias de las decisiones. La justicia formal se proyecta en dos dimensiones: una dimensión material que exige que la solución del caso responda a argumentos coherentes y consistentes respecto a casos similares dadas sus consecuencias; y una dimensión procedimental, que garantiza igualdad de oportunidad para las partes para presentar sus respectivos argumentos.

De este modo, para justificar la aceptabilidad del fallo que profiere, el juez está obligado a fundamentar su fallo en tres tipos de argumentos. En primer orden, el juez debe mostrar que la decisión se puede justificar, porque se deduce de una norma que tiene mejores consecuencias que cualquier otra norma posible; lo cual puede lograrse mediante los *argumentos consecuencialistas*, como son denominados por el autor. La argumentación jurídica —dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia— es esencialmente una argumentación consecuencialista. Los argumentos consecuencialistas hacen referencia entonces a las consecuencias de la norma universal que fundamenta la decisión. En segundo orden, y debido a que los argumentos consecuencialistas no son *per se* suficientes para justificar una decisión judicial, el juez debe apelar a los *argumentos de coherencia*, es decir, argumentos que demuestren que la decisión tomada se ajusta con el sistema jurídico en su conjunto, asegurando la coherencia de valores dentro de dicho sistema jurídico. Así, este tipo de argumento demuestra que la decisión concuerda con los valores legales incorporados en principios legales generales. Empero, los argumentos de coherencia no son suficientes para justificar su decisión; adicionalmente, se requiere que el juez presente argumentos que demuestren que la regla es consistente con el cuerpo de normas jurídicas existentes, ello mediante el uso de los *argumentos de consistencia*, los cuales permiten demostrar que una regla se ajusta a normas generales.

Por deseable que, en términos de coherencia o consecuencia, pueda parecer una decisión, esta no podrá adoptarse si no satisface el criterio de universalización como elemento esencial para la justificación de decisiones en el razonamiento práctico. La justificación de las decisiones jurídicas requiere la *universalización* de las razones propuestas para el fallo y la evaluación de la proposición universalizada por referencia a las consecuencias. No hay ninguna justificación sin universalización; la motivación no necesita universalización; pero la explicación requiere generalización. Para que los hechos particulares —o los motivos particulares— sean razones justificativas, tienen que ser subsumibles bajo un principio pertinente de acción enunciado universalmente (MACCORMICK, 2010, p. 99).

Ahora, si bien los jueces tienen la obligación primaria de respetar el precedente y de decidir un caso con supuestos similares, confrontándolo constantemente con decisiones anteriores, ello no implica que el precedente sea fuente inexcusable de derecho (MACCORMICK, 1998); el juez está facultado para apartarse de este apelando a la equidad como justicia, pues al tomar una decisión, este debe dar una justificación con un alcance que se extienda hacia el pasado (coherencia y consistencia), con miras a servir hacia el futuro (consecuencialismo), haciendo una evaluación razonable de las consecuencias en un *Corpus* de Derecho existente, aunque sea incompleto (MACCORMICK, 2010). Como señala el autor, el Derecho cambia un momento después de que un caso relevante es resuelto respecto de lo que era un momento antes (MACCORMICK, 1978).

A partir de lo anterior, y en procura de dar una solución al problema de investigación aquí tratado, se tiene que la armonización entre derechos humanos e inversión extranjera exige, por parte de los tribunales arbitrales, apartarse de los criterios de interpretación ya establecidos en los precedentes arbitrales, y formular nuevas interpretaciones inclusivas; de ahí que, para contribuir a la armonización entre ambos regímenes a partir de fallos arbitrales, resulta oportuno aplicar los postulados de MacCormick, quien plantea una defensa racional en los casos en que un juez debe ir más allá de las normas establecidas, y deba interpretar las normas ya existentes o formular nuevas reglas (FETERIS, 2011).

En este escenario, el árbitro se enfrentaría a la interpretación y resolución de un “caso difícil”, que, según la teoría de MacCormick, se clasificaría como un *problema de interpretación*, en tanto que no existe duda sobre la normatividad aplicable en la resolución de un conflicto de inversión —el derecho internacional de las inversiones—, pero la aplicación de los estándares de protección al inversionista en un caso particular demanda una interpretación comprensiva del derecho internacional de los derechos humanos. Así que el intento de armonizar derechos humanos e Inversiones, a partir de la interpretación del derecho internacional de inversiones desde una perspectiva ampliada que incluya el análisis del derecho internacional de derechos humanos, implica para los árbitros desarrollar una argumentación de segundo orden, esto es, una argumentación que tenga sentido en relación con el sistema jurídico (que cumpla con los requisitos de consistencia y coherencia) y en relación con el mundo (que cumpla con el requisito de consecuencialismo), que dé lugar a decisiones universalizadas, es decir, que evalúen cualitativamente los meritos de las posibles proposiciones universales rivales, buscando siempre una razonable concepción de justicia.

El *requisito de consistencia*, que exige que la premisa a aplicar no entre en contradicción con la normatividad vigente, se puede argumentar considerando que un análisis extensivo del DII que integre el análisis del cumplimiento de obligaciones en derechos humanos no entra en contradicción con los estándares de expropiación lícita, trato justo y equitativo, protección y seguridad jurídica válidamente establecidos por el sistema de inversiones. De hecho, tribunales arbitrales ya han coincidido con esta postura en los casos *Aguas Argentinas S.A.*, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* y *Vivendi*, como se planteó en acápites anteriores, donde

el tribunal expresó que ambos tipos de obligaciones no son mutuamente excluyentes, por lo que el Estado debió respetar ambos tipos de obligaciones. Así, constituiría *argumento de consistencia* señalar que ambos regímenes pertenecen a un mismo orden —el derecho internacional—, lo cual conlleva a que compartan puntos de contacto entre ellos (DUPUY, 2009); además, tanto el sistema internacional de solución de disputas de inversión como el régimen de derechos humanos comparten como característica común fundamental el desarrollo de normas jurídicas e instituciones para compensar la asimétrica relación jurídica entre los individuos y los Estados (PETERSMAN, 2009). Finalmente, la evolución del derecho internacional en la era de la globalización está promoviendo una convergencia natural y progresiva entre los derechos humanos y el derecho de inversión, en tanto que ambas ramas del derecho son la expresión de la internacionalización de los asuntos internos (MONTEAGUDO, 2013), lo cual comulga con la noción de universalidad que considera el derecho como una normatividad en conjunto.

El *requisito de coherencia*, que exige demostrar que la decisión tomada se ajusta con el sistema jurídico en su conjunto, y que la decisión concuerda con los valores legales incorporados en los principios legales generales, se puede satisfacer en tanto que la armonización entre derechos humanos e inversión extranjera asegura la coherencia de valores dentro del sistema jurídico internacional, y permite concebir el derecho como una “empresa racional” que considera las normas en conjunto, sin separarlas. Esto, en otras palabras, implica concebir el derecho internacional como un conjunto de normas armónicas. Desde esta perspectiva, los árbitros podrían plantear como *argumento de coherencia* el hecho de que un mayor diálogo entre los cuerpos y tribunales involucrados en la resolución sobre inversiones, por un lado, y derechos humanos, por el otro, permite forjar un mayor grado de sustentabilidad en el derecho internacional y las obligaciones de ambos regímenes (BOHOSLAVSKY y JUSTO, 2015). Aunado a ello, valdría argumentar que es imperioso avanzar hacia un diálogo más interpretativo para eliminar la “visión miope” entre derechos humanos e inversiones y resolver tensiones entre esta área y regímenes especiales del derecho internacional. La incorporación del tratamiento de derechos humanos en laudos arbitrales concuerda con la pretensión de armonización de los regímenes internacionales especiales y desvanecimiento del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional (BURKEWHITE, 2015). Junto a esto, la armonización de las normas jurídicas en el derecho internacional reviste las particularidades de los denominados *hard-cases* de Dworkin, aquellos casos en los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes (SANTOS-PÉREZ, 2003); y, dada la ausencia de una respuesta clara por parte del derecho internacional, su tratamiento requiere la intervención de la interpretación como herramienta facilitadora para cualquier intento armonizador.

Así, la expansión de la actual *lex specialis* de que trata el DII sigue a la *coherencia normativa* exigida por MacCormick, puesto que permite considerar a ambos regímenes no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, de acuerdo con la noción de universalidad del derecho internacional. La inclusión del análisis de los derechos humanos en asuntos de arbitraje de inversión es coherente en tanto que atiende y concuerda con los principios

generales de universalidad e inviolabilidad de los derechos humanos y los dispositivos de interpretación evolutiva y progresividad, lo que se traduce en valores deseables, legítimos y valiosos (BOHOSLAVSKY y JUSTO, 2015), en una sociedad donde el marco de respeto y protección de los derechos humanos se ha extendido al ámbito empresarial, bajo la consideración de que este puede tener un impacto negativo sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales con otras partes (UNITED NATIONS, 2011, p. 16). El respeto a los derechos humanos institucionalizados es una condición de la justicia; estos, como dice MacCormick, se definen en un valor transversal para alcanzar la justicia, en un contexto donde los jueces deben fallar en la búsqueda de equidad (MACCORMICK, 2009), de ahí que la inclusión de una perspectiva de derechos humanos en fallos de inversión se alinea con la función judicial.

Al analizar el cumplimiento de la exigencia de justicia formal —*consecuencialismo*— que plantea MacCormick, la armonización de los dos regímenes a partir de fallos arbitrales implica analizar las consecuencias de las decisiones de los árbitros en relación con el mundo. En este punto, y en línea con una argumentación consecuencialista, es válido apelar a la función actual de los tribunales arbitrales, para lo cual se resalta la visión de Kingsbury y Schill (2009), quienes han señalado que los tribunales de inversión contribuyen a la formación de “*un cuerpo de derecho administrativo global*” que guía el comportamiento de los Estados, que ayuda a definir los estándares mundiales de buena gobernanza y el Estado de Derecho que son exigibles por parte de inversionistas extranjeros a Estados receptores de inversión. Así, proponer a los árbitros como entes protagónicos de la armonización significa reducir directamente la fragmentación institucional; apelando, además, a que la actividad jurisdiccional responde bien a las exigencias de “fluidez” de la globalización, por su naturaleza esencialmente policéntrica, y por ser apta para conectar sintéticamente intereses privados y respuestas públicas, particulares y generales, y atender las necesidades actuales de la internacionalización del derecho que se renueva para permitir la convivencia entre lo diverso y armonía entre lo que es diferente, privilegiando el juego de la “interactividad” y el diálogo (ZACCARIA, 2010). Esto máxime, si se tiene en cuenta que, si bien los precedentes arbitrales no crean jurisprudencia, estos contribuyen a la acumulación de un cuerpo de conceptos que ejercitan una considerable influencia sobre decisiones arbitrales posteriores, sobre la actividad legislativa, y sobre la actividad misma de los actores sociales involucrados en su conjunto (ROBERTS, 2010).

Considerando que, bajo la teoría de MacCormick, es menester además evaluar el posible impacto de un determinado cambio en las reglas generales del Derecho o la implementación de una nueva regla (MACCORMICK, 2010), se tiene que la armonización entre los dos regímenes conlleva un efecto positivo no solo frente a la actual fragmentación del derecho internacional y la necesidad de interacción entre regímenes (PETERS, 2017), sino también frente a la falta de acoplamiento del derecho internacional de las inversiones con necesidades

contemporáneas orientadas hacia el desarrollo e innovación sostenible, que requieren un sistema alineado con la protección y respeto hacia los derechos humanos, la protección al medioambiente (EVANS *et al.*, 2017), y la redistribución del beneficio social hacia países en vía de desarrollo receptores de inversión (ANEEL, HAROON y NIAZI, 2020).

Finalmente, lo aquí planteado no atentaría contra la competencia de los árbitros, ni pondría en riesgo el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral en los términos de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (New York, 1958) bajo el argumento de que incluir en el laudo el análisis de los derechos humanos en asuntos de arbitraje de inversión sería tratar una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contendría decisiones que exceden los términos del compromiso o la cláusula compromisoria, en tanto que la tesis aquí planteada consiste en una interpretación extensiva del régimen de inversión extranjera inclusiva de derechos humanos en laudos arbitrales, sin que se pretenda proponer que los tribunales arbitrales determinen la responsabilidad internacional de los Estados o de los inversionistas por incumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. Así, se trata de proponer que los árbitros ejerciten una suerte de “activismo judicial” y vayan más allá de los concretos términos de un acuerdo para tener en cuenta, como parte de un específico *ius non dispositivum*, los problemas que afectan a los derechos humanos. Se trata de proponer una fórmula de consecución de una compatibilidad simple entre los diversos fragmentos del Derecho Internacional (TEUBNER, 2005).

## CONCLUSIONES

Los tribunales arbitrales, en su interpretación y resolución de conflictos sobre arbitraje internacional de inversiones, solo han delineado delgados puntos de encuentro entre ambos regímenes al referirse, por ejemplo, a la vulnerabilidad de los inversionistas al carecer de la facultad de ejercitar derechos políticos; o al utilizar precedentes de derechos humanos como criterio de interpretación para determinar el alcance de disposiciones de tratados de inversión. No obstante, mayoritariamente han evitado referirse a la protección de derechos humanos, apelando a la competencia material restringida que les es conferida por los TBI o APPRI, muchos de los cuales no incluyen entre sus disposiciones temas de derechos humanos.

Es imperante trabajar en la armonización entre DD.HH. y el régimen de inversiones en aras de no generar afectaciones a inversionistas, pero, sobre todo, a Estados receptores de inversión quienes pueden verse enfrentados a una paradoja de cumplimiento – protegen derechos humanos incumpliendo el régimen de protección de inversiones, o *viceversa*. Del no reconocimiento de tal interrelación puede derivarse el enfriamiento regulatorio, la existencia de doble litigio y doble condena en materia internacional, lo cual puede desincentivar el reconocimiento interno del régimen internacional de inversiones o el régimen internacional de derechos humanos.



Los tribunales arbitrales pueden contribuir a la relación armónica entre el régimen de protección de inversión extranjera y el régimen interamericano de protección de derechos humanos en Latinoamérica a partir de la teoría postpositivista de la justificación de decisiones jurídicas de MacCormick, según la cual la deliberación jurídica es un proceso público que exige interpretación, y debe fundamentarse en argumentos consecuencialistas y decisiones universalizadas, en búsqueda de una concepción razonable de justicia.

En aplicación de la teoría del autor, el árbitro se enfrentaría a la resolución de un “caso difícil”, siendo este un *problema de interpretación*, cuya argumentación debe satisfacer los requisitos de restricciones de consistencia, coherencia y evaluación razonable de las consecuencias, exigidos en este tipo de justificación de segundo orden, propuesta por MacCormick. Esta teoría puede ser usada por los tribunales de inversión, en su práctica arbitral, planteando como *argumentos de consistencia* la no contradicción ni mutua exclusión entre el régimen de protección de derechos humanos y el régimen de inversiones, máxime si se tiene en cuenta que el actual entorno jurídico globalizado, caracterizado por la pluralidad y coexistencia de ordenes de índole estatal y no estatal, exige cada vez más la convergencia entre los distintos regímenes del Derecho Internacional.

Por otro lado, una interpretación extensiva del régimen de inversión extranjera que tenga en cuenta los derechos humanos se ajusta y concuerda con los valores legales propios del sistema internacional, siendo estos el respeto y protección de los derechos humanos desde una esfera extensiva a diversos sujetos del derecho internacional, en especial hacia empresas, constituyendo ello *argumentos de coherencia* bajo la óptica de MacCormick, en especial si se reconoce que una inversión foránea confluye en el amparo a sujetos y/o materias protegidas por los derechos humanos: individuos, colectividades o recursos naturales.

Lo aquí planteado debe enmarcarse bajo la óptica de una *argumentación consecuencialista*, que implica analizar las consecuencias de las decisiones arbitrales en relación con el mundo, para lo cual debe resaltarse la función actual de los tribunales arbitrales como un cuerpo administrativo global, que contribuye al fortalecimiento de estándares de buena gobernanza en la relación Estado-receptor de inversión e inversionista, capaz de entender y atender las necesidades actuales de la internacionalización del derecho.

Con todo, el pluralismo legal contemporáneo exige el desarrollo de mecanismos y prácticas para fomentar la compatibilidad normativa entre regímenes, de ahí que la propuesta de argumentación legal de segundo orden de MacCormick se constituye como una respuesta efectiva para reducir los efectos del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, posicionando a los cuerpos arbitrales de inversión, y a su función interpretativa, como entes protagónicos de esa labor en materia de derechos humanos e inversión extranjera.

## REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, n. 63, p. 95-138, 2009. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2961>.

ANEEL, Sarah; HAROON, Uzma; NIAZI, Imrana. *Corridors of Knowledge for Peace and Development. Sustainable Development Policy Institute and Sang-e-Meel Publications*, Islamabad, 03 dic. 2019. Disponible en: [https://sdpi.org/corridors-of-knowledge-for-peace-and-development/publication\\_detail](https://sdpi.org/corridors-of-knowledge-for-peace-and-development/publication_detail).

ARÉVALO, María Alejandra; NÚÑEZ, Raúl Fernando. Derechos humanos e inversión extranjera. Abordaje de derechos humanos en laudos sobre servicios públicos en Latinoamérica. In: FUENTES-CONTRERAS, Édgar; RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *Método(s) y derecho(s): construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para derechos y garantías*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020. p. 209-240.

ARENAS, Miguel. Inversiones extranjeras y derechos humanos en América Latina: con especial referencia al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. In: ÁLVAREZ-ZÁRATE, José Manuel. *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho Internacional de las Inversiones?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 315-340.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; JUSTO, Juan Bautista. Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 3, n. 5, p. 65-94, 2015. Disponible en: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/123>.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; JUSTO, Juan Bautista. *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Colección Documentos de Proyectos, enero, 2011. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/1/S2010980.pdf>.

BURKE-WHITE, William. *Relationships between the Investment Law*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2015.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Casa Nina vs. Perú*. Serie C, n. 419, 24 de noviembre de 2020.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Serie C, n. 149, sentencia del 4 de julio de 2006.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Serie C, n. 146, 29 de marzo de 2006.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6 de 1986, la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Serie A, n. 6, 9 de mayo de 1986.

DUPUY, Pierre-Marie. Unification rather than fragmentation of international law? The case of International Investment law and Human Rights Law. In: DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN, Ernst-Ulrich; FRANCONI, Francesco. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 45-62.

EVANS, Steve *et al.* Business Model Innovation for Sustainability: Towards a Unified Perspective for Creation of Sustainable Business Models. *Business Strategy and the Environment*, New York, v. 26, n. 5, p. 597-608, 2017.

FETERIS, Eveline. Fundamentos de argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Ideas y Valores*, Bogotá, v. 60, n. 145, p. 155-163, 2011.

GUNTRIP, Edward. International investment law in an isolationist world: a human rights perspective. *Human Rights and International Legal Discourse*, Brussels, v. 12, n. 2, p. 138-152, 2018.

GUNTRIP, Edward. *The "De-Fragmentation" of International Investment Law and International Human Rights Law: A Procedural Basis for a Host State Human Rights Defence in ICSID Arbitration*. London: Brunel University London, 2016.

HUBER, Mark. Non-Discrimination and the Role of Regulatory Purpose in International Trade and Investment Law. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, v. 20, n. 2, p. 431-435, 2017.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, New York, n. 09-46, 2009. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1466980](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1466980).

KUBE, Vivian; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human Rights Law in International Investment Arbitration. In: GATTINI, Andrea; TANZI, Attila; FONTANELLI, Filippo. *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Boston: Brill Nijhoff, 2016. p. 221-268.

LATORRE, Derick. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho internacional de las inversiones: una relación dialéctica. *Arbitraje PUCP*, Lima, n. 6, p. 127-141, 2016. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17031>.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2010. (On-line.)

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2009. (On-line.)

MACCORMICK, Neil. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. Precedent as a Source of Law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, p. 177-185, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MANN, Howard. Implications of International Trade and Investment Agreements for Water and Water Services: Some Responses from Other Sources of International Law. *TDM: Transnational Dispute Management*, n. 5, 2006.

MONTEAGUDO, Manuel. The Right to Property in Human Rights and Investment Law: a Latin American Perspective of an Unavoidable Connection. *World Trade Institute, Working Papers* n. 6, p. 1-49, 2013.

PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017. doi: <https://doi.org/10.1093/icon/mox056>.

PETERSMAN, Ernst-Ulrich. Introduction and Summary: 'Administration of Justice' in International Investment Law and Adjudication? In: DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN, Ernst-Ulrich; FRANCONI, Francesco. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 3-42.

POLANCO, Rodrigo; MELLA, Rodrigo. Investment arbitration and human rights cases in Latin America. In: RADI, Yannick. *Research Handbook on Human Rights and Investment*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 41-92.

RATNER, Steven. Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction. *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, v. 111, n. 1, p. 7-56, 2017. doi: <https://doi.org/10.1017/ajil.2016.2>

REINISCH, August. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROBERTS, Anthea. Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States. *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, v. 104, n. 2, p. 179-225, 2010. doi: <https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.104.2.0179>

ROSE-ACKERMAN, Susan; ROSSI, Jim. Disentangling Deregulatory Takings. *Virginia Law Review*, University of Virginia School of Law, Charlottesville, v. 86, n. 7, p. 1435-1495, 2000. doi: <https://doi.org/10.2307/1073877>

SANTOS-PÉREZ, María Lourdes. *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, n. 26, p. 347-385, 2003. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.17>

SCHREURER, Christoph. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press, v. 1, n. 2, p. 353-369, 2010. doi: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq002>

SUÁREZ-LLANOS, Leonor. Razón práctica y argumentación en MacCormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, n. 15, p. 173-210, 2006. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/6996>.

SUÁREZ-LLANOS, Leonor. El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista. *Anuario de filosofía del derecho: Estudios de teoría y filosofía del derecho*, Universidad de Oviedo, Oviedo, p. 333-358, 2005. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-F-2005-10033300358](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2005-10033300358).

SUÑÉ, Natasha. Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 3, n. 5, p. 191-215, 2015. Disponible en: <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v3n5/2304-7887-rstpr-3-05-00191.pdf>.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Serie C, n. 171, 22 de noviembre de 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; VIDAL, Fernando. *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). Fair and equitable treatment. New York, Geneva: United Nations Publications, 2012. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/721790>.

UNITED NATIONS. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, New York y Geneva, HR/PUB/11/04, 2011. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf).

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Azurix Corp. vs. República de Argentina*, caso n. ARB/01/12, 14 de julio de 2003.

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica*, caso n. ARB/96/1, 17 de febrero de 2000.

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Impregilo S.P.A. vs. República de Argentina*, caso n. ARB/07/17, 21 de Junio de 2011.

WASHINGTON. Centro Internacional de Arreglo por Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, caso n. ARB (AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.

ZACCARIA, Giuseppe. La jurisprudencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenéutica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D. F., n. 32, p. 93-117, 2010. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n32/n32a5.pdf>.

**CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:**

ARÉVALO-MOSCOSO, María Alejandra. Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil MacCormick. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2228. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202228>

*María Alejandra Arévalo Moscoso*

ABOGADA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. LL.M-  
INTERNATIONAL BUSINESS LAW, UNIVERSITEIT VAN TILBURG.  
COORDINADORA DEL ÁREA DE DERECHO INTERNACIONAL Y  
DOCENTE TIEMPO COMPLETO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
JAVERIANA, CALI, COLOMBIA. ADSCRITA AL GRUPO DE  
INVESTIGACIÓN INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DESARROLLO (IJUD),  
CATEGORÍA A EN COLCIENCIAS.

*maria.arevalo@javerianacali.edu.co*