

UNA MIRADA A FAVOR DE LAS ALEGACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. Introducción

La jurisdicción arbitral en el arbitraje de inversión se circunscribe a los términos del instrumento mediante el cual las partes manifiestan su consentimiento a recurrir a dicho foro. Típicamente tal instrumento adopta una de las siguientes tres formas: una cláusula en un contrato entre el Estado anfitrión y el inversor extranjero, o una disposición en la legislación nacional del Estado anfitrión por la cual éste ofrece someterse al foro, o una disposición en un tratado entre el Estado anfitrión y el Estado del cual el inversor extranjero es nacional, por la cual cada Estado ofrece someterse al foro respecto de nacionales del otro Estado. En los últimos dos casos, el inversor extranjero debe aceptar tal oferta del Estado anfitrión a fin de perfeccionar el consentimiento.

Asimismo, tales instrumentos suelen enumerar cuales son los requisitos materiales y personales que habilitan la jurisdicción. Tomando como ejemplo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados celebrado en Washington en 1965 (en adelante, "Convenio CIADI"), la jurisdicción del centro se limita a controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (requisitos materiales) entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado Contratante (requisitos personales) que las partes hayan consentido por escrito en someter al centro¹. En la práctica, esto se traduce en una demanda del inversor extranjero contra el Estado anfitrión alegando que el último ha incumplido sus obligaciones bajo determinado contrato, tratado bilateral

¹ Art. 25 Convenio CIADI.

(*) Abogada y Auxiliar Docente de la Universidad de Buenos Aires. Estudiante de Magister Juris de la Universidad de Oxford.

de inversión (en adelante, "TBI") o legislación sobre inversiones, aplicables entre las partes.

Considerando lo anterior, es decir, la jurisdicción limitada en el arbitraje de inversión, ¿cómo impactan en él las alegaciones sobre derechos humanos? ¿Están obligados los árbitros a tratar tal tema? ¿Existe resistencia a hacerlo? ¿Deberían acaso poseer mayores conocimientos acerca de derechos humanos? ¿Es conveniente su tratamiento? ¿Con qué fin y bajo cuáles límites?

El presente trabajo tiene por fin responder algunos de los interrogantes recién planteados. Para ello, reseñaré algunas experiencias en las cuales inversores, Estados, terceros y los mismos árbitros han invocado argumentos de derechos humanos. Asimismo, intentaré demostrar la conveniencia y necesidad de que los árbitros se familiaricen con el universo de los derechos humanos.

2. Acerca de los derechos humanos y las inversiones extranjeras

2.1 Obligaciones del Estado

Siguiendo a De Brabandere, las obligaciones en materia de derechos humanos están dirigidas a los Estados, a fin de que éstos respeten los derechos humanos de las personas bajo su territorio y a su vez aseguren que los actores privados, incluyendo sin limitación a inversores extranjeros, no violen tales derechos². En otras palabras,

² DE BRABANDERE, Eric. «Human Rights Considerations in International Investment Arbitration», En Fitzmaurice, M y Merkouris, P. The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, págs. 6-7

en virtud de tratados internacionales y/o legislación interna, los Estados han asumido ciertas obligaciones en materia de derechos humanos. Una violación de tales obligaciones desencadena la responsabilidad del Estado. La contracara de esta obligación del Estado es el derecho de las personas afectadas a demandar del Estado la efectiva tutela de los derechos garantizados.

En lo que respecta a las inversiones extranjeras, los Estados asumen expresas obligaciones respecto al inversor a través de la firma de TBI, legislación en materia de inversiones y contratos celebrados en forma directa con el inversor extranjero. Entre las obligaciones más frecuentes se destacan las de trato justo y equitativo, protección y seguridad completas, trato nacional, trato de nación más favorecida, restricciones a la expropiación y a la expropiación indirecta, y libre transferencia de fondos³.

2.2 Interacción entre ambos conceptos

Como bien señala el Dr. Kundmüller, en la actualidad «el comercio no sería “separable” de otras disciplinas fundamentales como los derechos humanos, la protección del medio ambiente y la prevención de la corrupción⁴». Ello explica que derechos humanos e inversiones hayan comenzado a entrelazarse y que en arbitrajes de inversión ambas partes levanten argumentos de derechos humanos para apoyar sus pretensiones y/o defensas.

Corresponde aclarar, no obstante, que esta tendencia actual no implica que los árbitros prejuzguen sobre la existencia de violaciones de derechos humanos, pues entre otras consideraciones, ello lisa y llanamente excedería la jurisdicción limitada del arbitraje de inversión. Empero, lo que los tribunales hacen en la práctica y esta autora apoya, es la valoración de los argumentos esgrimidos

3 PETERSON, Luke Eric. Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados. Quebec: Derecho y Democracia, 2009, pág. 15

4 KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Globalización y arbitraje en inversiones, ¿la cosa pública vuelve a la escena o nunca se fue de la escena?» En: Lima Arbitration N° 3 - 2008 / 2009, pág. 21

en materia de derechos humanos como guía para interpretar las obligaciones de las partes que surgen del TBI, contrato y/o ley que las vincula. Sin embargo, esta tarea dista de ser sencilla. Siguiendo a Peterson, fuera de algunas reglas generales de interpretación de tratados, los árbitros suelen poseer poca orientación sobre cómo interpretar las obligaciones de derechos humanos asumidas por los Estados⁵.

Ciertamente sería conveniente que los propios TBI incluyeran disposiciones acerca de derechos humanos en su texto. En tal sentido, existen tratados modelo que apuntan al desarrollo sustentable de las inversiones colocando en cabeza de los inversores ciertas obligaciones, tales como operar la inversión de manera que no comprometa las obligaciones en materia ambiental, laboral y/o de derechos humanos a las cuales se encuentran sujetos el Estado anfitrión o el Estado del cual el inversor es nacional⁶.

A falta de tales disposiciones expresas en la mayoría de los TBI existentes, renacen y se multiplican los interrogantes que motivan este ensayo. En las próximas secciones, a través del relato y análisis de casos, intentaré precisar algunas respuestas.

3. Experiencias con alegatos de derechos humanos

Un número creciente de arbitrajes de inversión ha debido considerar alegatos sobre derechos humanos; entre ellos, el derecho humano al agua, el derecho humano a la reunión pacífica y libre expresión, los derechos humanos de los pueblos indígenas, y el derecho a la información. Sin ánimo de presentar una reseña exhaustiva de casos, esta sección pretende recoger una pequeña muestra representativa de precedentes.

3.1 Uso de analogías por parte de tribunales arbitrales

En los siguientes procesos, los tribunales arbitrales han recurrido a jurisprudencia

5 PETERSON. Ob cit supra 3. Pág. 10

6 Ver Art. 14 del Tratado Modelo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible, elaborado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS). Abril de 2005

sobre derechos humanos a fin de interpretar disposiciones de tratados de inversión.

En el caso *Mondev*⁷, esta empresa canadiense inicia un procedimiento ante el CIADI contra Estados Unidos alegando incumplimiento de estándares del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante “TLCAN”) en el tratamiento que las cortes locales estadounidenses dieron a su causa. *Mondev* plantea no haber recibido trato conforme a la legislación internacional. Este planteo lleva al tribunal arbitral a analizar jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Artículo 6.1 (derecho a audiencia) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si bien en su laudo final el tribunal concluye en que Estados Unidos no violó el Artículo 1105.1 TLCAN y por ello rechaza la petición de *Mondev*, destaca que los precedentes valorados sobre derechos humanos sirven como guía, por analogía, para interpretar dicha disposición del tratado multilateral de inversión. Empero, cabe mencionar que en el caso reseñado, los precedentes tratados no logran persuadir al tribunal con fuerza de analogías apropiadas.

En el caso *Tecmed*⁸, el inversor inicia un procedimiento ante el CIADI contra México alegando que el Estado ha incurrido en un acto expropiatorio de la inversión, sin compensación alguna, violando múltiples disposiciones del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, aplicable entre las partes. Al analizar la extensión de la obligación del Estado en cuanto a la expropiación y derecho a la propiedad (derecho humano)⁹, el tribunal arbitral recurre a jurisprudencia en materia de derechos humanos de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia de lo

sucedido en *Mondev*, el tribunal arbitral en *Tecmed* se persuade de las analogías consultadas y decide acoger la pretensión de la demandante.

En *Azurix*¹⁰, la demandante estadounidense inicia un arbitraje ante el CIADI contra la República Argentina por violación del TBI Argentina- Estados Unidos de 1991. Así como en *Tecmed*, la demandante alega que el Estado anfitrión ha incurrido en una expropiación de la inversión. En el presente caso, en su intercambio de documentos, las partes citan al tribunal de *Tecmed*, que había recurrido a jurisprudencia de derechos humanos a fin de analizar las disposiciones del TBI. El tribunal toma tal dirección pero finalmente acoge parcialmente el reclamo de la demandante.

Como contraste con *Tecmed*, *Azurix* es uno de los casos tratados durante la gran crisis económica de la República Argentina de 2002.

Estos casos reseñados demuestran la importancia de integrar la interpretación de legislación sobre inversiones con otras áreas del derecho cuando los derechos humanos (derecho a defensa y derecho a la propiedad, en los casos anteriores) entran en juego.

3.2 Argumentos esgrimidos por el Estado anfitrión

En el marco de varios casos concernientes a inversiones extranjeras en el sector de los servicios de agua potable y saneamiento, el Estado demandando por supuestas violaciones del TBI aplicable ha estructurado su defensa alrededor de sus obligaciones respecto a toda la población, trayendo a la mesa el concepto de derecho al agua como derecho humano.

Tal conceptualización del derecho al agua encuentra un apoyo sólido en la comunidad internacional. Así, ya en el año 2002, al interpretar los Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Sociales y Culturales había sostenido que la obligación de “proteger” del Estado

¹⁰ *Azurix Corp. contra República Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/12, laudo del 14/07/2006

⁷ *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos*, caso CIADI N° ARB/(AF)/99/2, laudo del 11/11/ 2002

⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, laudo del 29/05/2003

⁹ Sobre el derecho a la propiedad como derecho humano, ver: ALONSO REGUEIR, Enrique M. et al. *La convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino*. 1° ed. Buenos Aires: La Ley, 2012, págs. 355-370

implica que «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 [...]»¹¹ Con posterioridad, también la Organización de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento como esenciales para la realización de todos los derechos humanos¹².

Teniendo presente las consideraciones anteriores, es posible adentrarnos en algunas experiencias relevantes.

En el precedente Azurix citado anteriormente, además de aventurarse en analogías con derechos humanos para analizar la cuestión de la expropiación, el tribunal arbitral debe considerar un argumento de derechos humanos esgrimido por el Estado demandado. En este caso, la República Argentina refiere a sus obligaciones respecto a/y derechos de consumidores que surgen de tratados de derechos humanos y explica que los mismos entran en conflicto con las obligaciones del TBI. Solicita que el conflicto se resuelva dando prioridad al derecho humano al agua que el Estado debe garantizar a los consumidores. En los considerandos de su laudo, el tribunal arbitral brinda un tratamiento escueto a este punto y en un solo párrafo indica que el Estado no ha desarrollado suficientemente el argumento y que no advierte tal incompatibilidad de normas, pues no se interrumpió la prestación de servicios a consumidores¹³.

De manera similar, en el caso CMS Gas Transmission¹⁴, la República Argentina

11 Comité de Derechos Sociales y Culturales. Observación general N° 15. 29º período de sesiones. Año 2002

12 Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 64/292, adoptada el 28/07/2010

13 Ver supra nota 10

14 CMS Gas Transmission Company contra República Argentina, caso CIADI N° ARB/01/8, laudo del 12/05/2005; CMS Gas Transmission Company contra República Argentina, caso CIADI N° ARB/01/8, decisión sobre la solicitud de anulación, 25/09/2007

también intentó un argumento de derechos humanos, otra vez sin éxito. En este caso, el inversor norteamericano demanda a la Argentina ante el CIADI en el marco de una inversión en la industria de transporte de gas, por supuestas violaciones del TBI Argentina - Estados Unidos. La demandada argumenta que las obligaciones del TBI entran en conflicto con obligaciones de derechos humanos y que ante la fuerte crisis económica y social que atravesó el país, un TBI que compromete y/o implica violar tales derechos humanos no podría prevalecer. El tribunal rechaza, sin mayor desarrollo, el argumento esgrimido por el Estado por entender que tales derechos básicos no están comprometidos y que la legislación Argentina y de derechos humanos protege el derecho a la propiedad. Por lo anterior, más otras consideraciones, el tribunal condena a la República Argentina por violación de la obligación de brindar trato justo y equitativo bajo el TBI.

Si bien la Argentina retoma estas consideraciones de derechos humanos en su pedido de anulación del laudo, el Comité confirma el laudo en esta parte.

Otro caso clave para comentar es Suez/Vivendi¹⁵. El mismo involucra la inversión de un consorcio de inversores extranjeros para gestionar una concesión del servicio de agua potable y saneamiento en la República Argentina. En el procedimiento ante el CIADI, Argentina se defiende de supuestas violaciones de los tres TBI aplicables respectivamente haciendo hincapié en obligación primordial del Estado de proteger el derecho al agua de la población e insistiendo en la importancia de interpretar las disposiciones de los TBI de manera que no afecten el cumplimiento de otras obligaciones internacionales del Estado. Explica que todas las medidas adoptadas por la Argentina tuvieron por fin salvaguardar tal derecho humano. En su respuesta, los demandantes argumentan que lo importante aquí es dilucidar si Argentina violó sus obligaciones bajo los TBI y que la legislación de derechos humanos resulta irrelevante para tal determinación. Tal afirmación de los

15 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra República Argentina, causa CIADI N° ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad, 30/07/2010

demandantes no puede ser tolerada, pues echa por tierra todo el camino recorrido en materia de integración de derechos humanos con el derecho de las inversiones y desconoce principios fundamentales de interpretación. Al momento de emitir su laudo en materia de responsabilidad, el tribunal arbitral analiza los argumentos de ambas partes y si bien considera que las medidas tomadas por Argentina no constituyeron una expropiación de la inversión, concluye que Argentina violó su obligación de trato justo y equitativo y rechaza la interpretación de Argentina, quien sostenía que los TBI excusan la obligación de cumplimiento en casos de emergencia.

Es interesante destacar que para el tribunal de Suez/Vivendi, las obligaciones de Argentina en materia de derechos humanos no eran incompatibles ni contradictorias con las obligaciones de los TBI, y que Argentina podría bien haber respetado ambos tipos de obligaciones. Claro está que esta afirmación se llevará muchos detractores, especialmente considerando que el tribunal rechaza el argumento de Argentina en cuanto a la forma en que debían interpretarse las obligaciones del TBI, a fin de no violar las de derechos humanos.

Esto lleva a pensar, ¿cuál es la solución en casos como estos, en los cuales las obligaciones del TBI y de derechos humanos no logran conciliarse mediante interpretación? Siguiendo a De Brabandere, le cabe al Estado una decisión política; esto es, elegir respetar una obligación y violar la otra¹⁶. Y así es como el tribunal condena a la República Argentina, entendiendo que el mismo “implícitamente” realizó su elección y violó el TBI. Ciertamente esta conclusión deja un sabor amargo...

3.3. Presentaciones de terceros en el arbitraje

En varios arbitrajes de inversión, los tribunales han aceptado argumentos jurídicos presentados por terceros no participantes (también llamados Non-disputing parties” o “NDP” o “partes no contendientes”).

El caso anteriormente reseñado de Suez/Vivendi es el primer antecedente en que

16 DE BRABANDERE. Ob cit supra nota 2. Pág. 13

un tribunal CIADI acepta una presentación de una NDP, como amicus curiae. En tal caso, el tribunal lo hace en virtud del Art. 44 Convenio CIADI, que lo autoriza a resolver cuestiones no previstas por las reglas¹⁷. En su presentación, las ONG se refieren a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derecho al agua, argumentando que las mismas son parte del derecho aplicable al caso y también guía para la interpretación de los TBI aplicables. En particular, expresan que como correlato de tales obligaciones internacionales en materia de derecho al agua, el Estado debe adoptar medidas para garantizar el acceso físico y económico a tal recurso (cabe recordar que una de las medidas adoptadas por la Argentina fue el congelamiento de tarifas). Además, ofrecen una opinión acerca de que es trato justo y equitativo y expectativas legítimas del inversor, dentro del contexto de la crisis económica argentina.

En un caso más actual, Pac Rim Cayman¹⁸, el tribunal arbitral también recibió una presentación escrita de un amicus curiae. El caso concierne una demanda de un inversor canadiense ante el CIADI contra la República de El Salvador por presuntas violaciones del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (en adelante “TLC”) y de legislación local sobre inversiones, con relación a una explotación minera. Con fecha 1 de junio de 2012, el tribunal arbitral dictó un laudo sobre jurisdicción por el cual declinó jurisdicción en cuanto a violaciones del TLC y confirmó su jurisdicción respecto a supuestas violaciones de la legislación local de El Salvador. En cuanto al escrito de los amici, el mismo explica que «las medidas adoptadas por El Salvador en relación con el proyecto minero [...] encuentran apoyo en las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y ambiente. En particular, las obligaciones de derechos

17 Cabe mencionar que, con posterioridad a tal presentación, las reglas del CIADI fueron enmendadas y hoy autorizan las presentaciones escritas por parte de partes no contendientes en los términos del Art. 37.2 de las Reglas de Arbitraje.

18 Pac Rim Cayman LLC contra República de El Salvador, caso CIADI N° ARB/09/12, presentación escrita del 25/07/2014

humanos en materia ambiental le exigen a El Salvador diseñar y aplicar un marco normativo que permita asegurar el pleno goce de los derechos fundamentales amenazados por actividades riesgosas de terceros [...]»¹⁹ Los amici expresan que su análisis es clave para la cabal apreciación de la legislación interna de El Salvador y que sin duda la resolución de este caso impactará sobre la propiedad, el bienestar y derechos fundamentales de las comunidades que ellos representan.

Como contracara de estos casos, cabe mencionar el precedente *Border Timbers*²⁰, en el cual el tribunal arbitral rechaza la petición de una parte no contendiente que pretendía efectuar una presentación escrita en calidad de *amicus curiae*. El tribunal entiende que el derecho internacional de los derechos humanos no tiene relevancia en esta disputa. El caso concierne una demanda de un inversor suizo ante el CIADI contra la República de Zimbabue por expropiación de tierras, en aparente violación del TBI Suiza – Zimbabue. El inversor solicita se le restituya la propiedad y control exclusivo sobre las propiedades afectadas. Los terceros no contenientes son cuatro comunidades indígenas y el Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos (en adelante “ECCHR”). Ellos sostienen que el Estado ha asumido obligaciones respecto a las comunidades indígenas en virtud de normativa internacional, tal como el Art. 26 de la Declaración de las Naciones Unidas acerca de los Derechos de Pueblos Indígenas²¹, y que por ello la normativa de derechos humanos debe ser considerada al decidir sobre el caso.

Al decidir sobre la procedencia de la petición

de los terceros no contendientes, el tribunal analiza los extremos de procedencia bajo las Reglas de Arbitraje y concluye que existen dudas acerca de la imparcialidad de los terceros, que su petición gira en torno a los derechos putativos de las comunidades indígenas, lo cual excede el ámbito de la controversia, y que perjudica a la demandante. Por ello, rechaza la petición.

Si bien es posible que el rechazo de esta petición se deba en parte a una estructuración inadecuada del escrito, es posible extraer de este caso al menos dos conclusiones: en primer lugar, los argumentos de derechos humanos intentados por el tercero y que no habían sido invocados por las partes, deberían ser valorados por el tribunal al analizar las obligaciones bajo normativa de inversión. En este sentido, si el laudo pendiente no contemplara este punto, ello podría percibirse como una clara falla del arbitraje de inversión en integrar legislación en materia de inversiones con legislación en materia de derechos humanos. En segundo lugar, si bien cabe reconocer que el tribunal ha analizado los extremos de procedencia del pedido bajo el Art. 37.2 de las Reglas de Arbitraje y ha brindado fundamentos para denegar la petición, este caso es prueba fehaciente de que no toda petición de terceros será bienvenida por los tribunales. Para el Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos, la interpretación del tribunal acerca de los criterios de procedencia de solicitudes bajo el Art. 37.2 de las Reglas de Arbitraje es tan restrictiva que podría negar la petición de cualquier potencial *amicus curiae* que no apoyara los intereses de un demandante²². Sea cual sea el caso, cabe tener presente que las Reglas de Arbitraje del CIADI brindan una alternativa al tribunal, quien “puede” o no aceptar la petición del tercero, considerando los criterios allí brindados.

19 Pac Rim. Ob cit supra nota 18. Pág. 2

20 *Border Timbers Limited y otros contra República de Zimbabue*, caso CIADI N. ARB/10/25, orden de procedimiento n° 2 del 26/06/2012

21 El Artículo 26 establece lo siguiente: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.”

22 CENTRO EUROPEO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y HUMANOS. « Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? - A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal » Berlin: ECCHR, Julio de 2012. Pág. 8

4. Conclusiones

Retomando los interrogantes que motivan esta ponencia, estamos ahora en condiciones de abordar algunas conclusiones.

En primer lugar, la jurisdicción limitada del arbitraje no se ve comprometida ante las alegaciones en materia de derechos humanos. Es claro que los árbitros no poseen jurisdicción para determinar y/o responsabilizar a Estados por violaciones de derechos humanos y tal no es el fin de la presentación de tales argumentos y/o defensas. Por el contrario, como demuestran los precedentes estudiados anteriormente, estos argumentos asisten en la tarea de interpretación de las obligaciones de las partes bajo la normativa de inversiones. En tal sentido, coadyuvan a los árbitros en su tarea de resolver el caso presentado.

En segundo lugar, es evidente que estos alegatos impactan en el desarrollo del procedimiento arbitral, pues obligan a los árbitros a tomar nota de ellos y decidir si los mismos son conducentes para el desarrollo de la causa.

Sin intención de criticar la labor de los paneles arbitrales en los casos estudiados, noto que impera una cierta resistencia a abrazar los argumentos de derechos humanos en el arbitraje de inversión. Claro ejemplo de ejemplo de ello es la contestación de los demandantes en Suez/Vivendi, quienes califican a legislación de derechos humanos como irrelevante a los fines de interpretar el TBI. Asimismo, el tribunal en *Border Timbers* eligió desentenderse del planteo de los terceros no contendientes restando importancia al argumento y mediante justificaciones no menos reprochables. En el caso de defensas esgrimidas por los Estados demandados, pareciera que muchas veces los tribunales toman el argumento y simplemente lo responden, sin lograr vislumbrar su fuerza de persuasión o pertinencia. Quizás por ello las defensas en materia de derechos humanos intentadas por los Estados no han logrado persuadir a los tribunales para que estos adopten una interpretación de los TBI que eximan completamente de responsabilidad a los Estados.

También merece una crítica el tratamiento de estas cuestiones en *CMS Gas Transmission*

y *Azurix*, donde los tribunales arbitrales simplemente no ven la afectación a los derechos humanos y entienden que no hay incompatibilidad normativa, lo cual ciertamente es debatible.

Es probable que parte de esta resistencia se deba al hecho de enfrentarse con un universo que antaño parecía más lejano. Es cierto que los árbitros a quienes llegan los casos de inversiones pueden carecer experiencia y/o conocimiento en materia de derechos humanos. Esto no puede obstar al correcto tratamiento de los argumentos vertidos por las partes. Una primera solución podría ser intentada desde el lado de las partes al elegir la composición del tribunal arbitral. Teniendo presente si el caso podría conllevar la necesidad de analizar argumentos de derechos humanos, las partes podrían seleccionar árbitros con experiencia en la materia. Por ejemplo, en el caso *Suez/Vivendi*, donde la República Argentina ha estructurado su defensa alrededor de los derechos humanos, uno de los árbitros es un ex-miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una segunda solución podría ser el recurso a expertos externos por parte de los tribunales. Esta idea, presentada por Peterson, propone que los TBI prevean consultas con organismos expertos o con mecanismos arbitrales en materia de legislación sobre los derechos humanos²³.

En tercer lugar, es claro que los árbitros deben tratar estas alegaciones. El arbitraje de inversión no se desarrolla en un vacío y como parte de ese contexto, los Estados anfitriones están obligados a promover los derechos humanos. Por ello, para que las expectativas de un inversor sean tomadas como legítimas, deben necesariamente tenerse en cuenta las obligaciones de derechos humanos que competen a los Estados.

Las alegaciones de derechos humanos en arbitrajes de inversión son una realidad, y por ello es imperante que los tribunales arbitrales se familiaricen cada vez más con este universo, a fin de promover el ejercicio responsable de la tarea arbitral.

23 PETERSON. Ob cit supra nota 3. Pág. 47