

Empresas transnacionales y arbitraje de derechos humanos: ¿fracaso o promesa?

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2023

Fecha de aprobación: 11 de septiembre de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.13702>

Andrés Felipe López Latorre, LL.B., LL.M., J.S.D.*

María Camila Ospina Navarro, LL.B., LL.M.**

Resumen: el propósito de este artículo es analizar si el arbitraje puede ser un mecanismo para aliviar la falta de acceso a la justicia de las víctimas de violaciones a derechos humanos, relacionados con las acciones de las empresas transnacionales. En primer lugar, el documento examina las características del arbitraje de inversiones y comercial, en los que los tribunales arbitrales han realizado consideraciones sobre derechos humanos para determinar la idoneidad de este mecanismo de solución de controversias para tratar con disputas sobre DD. HH. En segundo lugar, el texto analiza de manera particular las nuevas reglas de arbitraje internacional sobre las empresas y los derechos humanos (las Reglas). Por último, el artículo concluye que el arbitraje tiene un gran potencial como foro para ventilar problemas de DD. HH. con la aplicación de las Reglas, pero la aplicación de estas no es

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana, miembro del grupo de investigación de derecho internacional.

** Consultora del Pulte Institute for Global Development, University of Notre Dame. Consultora en FTI Consulting, Bogotá. Correo electrónico: mospina@alumni.nd.edu. LL.B. (*Bachelor of Laws*), LL.M. (*Master of Laws*).

Para citar este artículo: López Latorre, Andrés y Ospina Navarro, María. "Empresas transnacionales y arbitraje de derechos humanos: ¿fracaso o promesa?". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 18, (2025): 1-55. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.13702>

suficiente si no se combina con un esfuerzo por crear o reformar tratados de inversión y más árbitros se especializan en DD. HH.

Palabras clave: arbitraje internacional; derechos humanos; empresas transnacionales; Reglas de La Haya; acceso a la justicia.

Transnational Corporations and Human Rights Arbitration: Failure or Promise?

Abstract: The purpose of this article is to analyze whether arbitration can be a mechanism to alleviate the lack of access to justice for victims of human rights violations related to the actions of transnational corporations. First, this article examines the characteristics of investment and commercial arbitration in which arbitral tribunals have made human rights considerations to determine the suitability of this dispute resolution mechanism to deal with human rights disputes. Second, this article analyzes in particular the new Rules for International Arbitration on Business and Human Rights (The Rules). The article concludes that arbitration has great potential as a forum for addressing human rights issues through the application of the Rules, but the application of the Rules will not be sufficient if it is not combined with an effort to create or reform investment treaties and more arbitrators specializing in human rights.

Keywords: International arbitration; human rights; transnational corporations; The Hague Rules; access to justice.

Empresas transnacionais e arbitragem de direitos humanos: fracasso ou promessa?

Resumo: o objetivo deste artigo é analisar se a arbitragem pode ser um mecanismo para aliviar a falta de acesso à justiça para as vítimas de violações de direitos humanos relacionados às ações de empresas transnacionais. Em primeiro lugar, são examinadas as características da arbitragem comercial e de investimentos em que os tribunais arbitrais fizeram considerações sobre direitos humanos, a fim de determinar a idoneidade desse mecanismo de resolução de disputas para lidar com controvérsias sobre direitos humanos. Em segundo lugar, é analisado, em particular, as novas

regras de arbitragem internacional sobre empresas e direitos humanos (Regras de Haia). Conclui-se que a arbitragem tem grande potencial como um fórum para tratar de problemas de direitos humanos com a aplicação das Regras, mas isso não será suficiente se não for combinado com um esforço para criar ou reformar tratados de investimento e para promover a especialização de mais árbitros em direitos humanos.

Palavras-chave: arbitragem internacional; direitos humanos; empresas transnacionais; Regras da Haia; acesso à justiça.

1. Introducción

La inversión extranjera directa (IED) ha sido vista como un impulso clave para el desarrollo económico de los países latinoamericanos. Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), la región recibió \$184.287 millones de dólares en IED en el 2022, un 56,3 % más que el año anterior, representando el 3,9 % del producto interno bruto (PIB) de la región.¹ Esta afluencia de capital foráneo ha contribuido a la creación de empleos, la transferencia de tecnología y el aumento de las exportaciones, factores que impulsan el crecimiento y el progreso.

Sin embargo, a menudo estas grandes inversiones, particularmente en sectores extractivos como la minería, el petróleo y el gas, han generado impactos ambientales significativos y violaciones de derechos humanos. Las comunidades locales han denunciado la contaminación de sus fuentes de agua, la degradación de los ecosistemas y el desplazamiento forzado, mientras que los defensores ambientales y de derechos humanos han enfrentado intimidación, amenazas e incluso asesinatos. Este delicado equilibrio entre el desarrollo económico impulsado por la inversión extranjera y la protección del medioambiente y los derechos humanos, es un desafío crucial que enfrentan los países latinoamericanos en la actualidad.²

¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), “La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe aumentó un 55,2 % en 2022, alcanzando su máximo valor histórico”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, consultada el 12 de junio de 2024, <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-aumento-un-552-2022-alcanzando-su>.

² Colmegna, “Límites a la política económica internacional emanados de los tratados de derechos humanos: la experiencia de América Latina”, *Revista de Derecho Económico* 80, núm. 2 (diciembre de 2023): 65-88, <https://doi.org/10.5354/0719-7462.2023.72233>.

Adicionalmente, las víctimas de violaciones de derechos humanos (DD. HH.) causadas por empresas transnacionales (ETN), se enfrentan a importantes retos para acceder a la justicia y a recursos efectivos. Los litigios nacionales y transnacionales han sido la forma principal que han utilizado para buscar reparación legal. Sin embargo, las víctimas deben superar varios obstáculos procesales y sustantivos en los tribunales nacionales que les impide acceder a un recurso efectivo, y los tribunales regionales de DD. HH. están limitados jurisdiccionalmente para decidir sobre la responsabilidad de los Estados. Asimismo, el poder de las empresas y las transnacionales ha crecido exponencialmente durante los últimos 50 años, posicionándose como verdaderos actores globales capaces de influenciar las sociedades a todos los niveles: política, legal, social y económicamente.³ El arbitraje podría convertirse en una alternativa para abordar disputas sobre prácticas de ETN que afectan negativamente a los derechos humanos;⁴ de igual manera, ser una vía jurídica para resolver conflictos de derechos humanos entre las víctimas y las empresas, porque ofrece una alternativa neutra y más rápida que los tribunales nacionales.⁵ Sin embargo, históricamente el arbitraje no ha sido el foro idóneo para remediar violaciones a derechos humanos, entre otras razones, por los costos que implica,⁶ la falta de voluntad de las empresas para reconocer la jurisdicción de los tribunales de arbitraje sobre estas cuestiones,⁷ los obstáculos

³ John Gerard Ruggie, "Multinationals as global institutions: Power, authority and relative autonomy", *Regulation & Governance* 12, núm. 3 (junio de 2017): 317–33.

⁴ Bruno Simma *et al.*, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (Center for International Legal Cooperation, November 2018), p. 4. https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf

⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁶ Malcom Langford, Daniel Behn y Laura Letourneau-Tremblay, *Investment Arbitration and Its Discontents: An Empirical Assessment* (Blog of the European Journal of International Law, 2019), <https://www.ejiltalk.org/investment-arbitration-and-its-discontents-an-empirical>.

⁷ Lisa Sachs, Lise Johnson, Kaitlin Cordes, Jesse Coleman y Brooke Guven, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart* (Columbia Center on Sustainable Investment, 2019), 2, <https://ccsi.columbia.edu/news/saving-business-and-human-rights-arbitration-rule-project-put-human-rights-holders-heart>

procesales⁸ y la insuficiente experiencia de los árbitros en materia de derechos humanos.⁹

En esta línea, en el 2019 un grupo de expertos con diversas trayectorias profesionales (sociedad civil, ONG, empresas, judicatura, académicos, abogados en ejercicio, entre otros), con reconocida experiencia en derechos humanos, arbitraje y sector empresarial,¹⁰ prepararon *Las Reglas de La Haya sobre arbitraje de empresas y derechos humanos* (en adelante, las Reglas). Las Reglas abordan las preocupaciones que pueden surgir en las disputas sobre empresas y derechos humanos (EDH),¹¹ y ofrecen un medio adicional para resolver de manera definitiva los desacuerdos que surgen cuando las transacciones o actividades empresariales internacionales tienen impactos adversos en los derechos humanos.¹² Así, las Reglas podrían llegar a ser de gran ayuda para resolver la importante brecha en el acceso a la justicia que enfrentan las víctimas.¹³

Este artículo analiza críticamente la idoneidad del arbitraje de inversión extranjera y el arbitraje comercial como potenciales medios para remediar violaciones a los DD. HH. causados por empresas, así como la capacidad de las Reglas para solucionar los problemas del arbitraje comercial para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos empresariales. Con este fin, el documento se divide en tres secciones. La primera parte describe brevemente la situación del acceso a la justicia de las víctimas de violaciones a derechos humanos. La segunda analiza

⁸ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (La Haya, Holanda, 2019), 8-9, https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/02/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_Launch-Report.pdf

⁹ Claes Cronstedt, Jan Eijssbouts, Adrienne Margolis, Martijn Scheltema, Robert C. Thompson y Steven Ratner, *International arbitration of business and human rights: A step forward* (20 de julio de 2019), 11-12, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>

¹⁰ Simma *et al.*, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 3.

¹¹ Thomasina van Roosmalen, "The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration", Linklaters Blog, 2020, consultado en <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/arbitrationlinks/2020/january/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration>

¹² Simma *et al.*, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 8.

¹³ Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*.

la idoneidad del arbitraje de inversiones, a través del análisis de casos en los que se han tenido en cuenta consideraciones relativas a los derechos humanos. La tercera examina la potencialidad de las Reglas para resolver los problemas del arbitraje comercial para ser un foro efectivo y resolver conflictos entre víctimas de violaciones de derechos humanos y empresas. Por último, se presentan algunas conclusiones.

Antes de iniciar, es importante realizar una aclaración metodológica. En el contexto de la inversión extranjera directa (IED), inversores y empresas desempeñan roles diferenciados pero interconectados. Por un lado, los inversores, sean personas naturales o jurídicas, se definen como entidades que aportan capital transfronterizo con expectativas de retorno económico, que abarcan desde individuos hasta entidades corporativas y fondos soberanos.¹⁴ Por otro lado, las empresas son entidades económicas que, a través de la organización y coordinación de diversos factores como el capital y el trabajo, buscan generar ganancias mediante la producción y venta de bienes o la prestación de servicios en el mercado.¹⁵ Bajo este entendido, un inversionista puede ser una empresa, pero eso no quiere decir que sean sinónimos.

No obstante la distinción señalada, es importante aclarar que, para los propósitos de este artículo, los términos “inversor” y “empresa” se utilizarán de manera indistinta. Esta decisión metodológica se fundamenta en la práctica común en el ámbito del arbitraje de inversiones, en el cual las entidades corporativas frecuentemente actúan tanto en calidad de inversores como de operadores empresariales. Así mismo, en la literatura académica es común que usen los términos inversor y empresa indistintamente.¹⁶ Por lo tanto, al utilizar estos términos de forma intercambiable, se busca abarcar de manera comprehensiva las diversas manifestaciones de la actividad económica transnacional en relación con el arbitraje y los derechos humanos.

¹⁴ Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2009), 46.

¹⁵ Iván Tantaleán, “La naturaleza de la empresa: su teleología desde las Ciencias de la Administración, el Derecho y la Economía”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 52, núm. 136 (2022): 262-287.

¹⁶ Juan Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa* (Bilbao: Hegoa, 2009), 178-180; José Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz, *El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021); United Nations Conference on Trade and Development, *Investor-state disputes*.

2. Acceso a la justicia de víctimas de violaciones a los derechos humanos relacionadas con empresas

En el 2011, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (UNGP). Estos principios operacionalizan el deber de los Estados de proteger, la responsabilidad de las empresas de respetar, y la responsabilidad de ambos de remediar¹⁷ los impactos negativos sobre los derechos humanos, causados por empresas o en los que estas contribuyen.¹⁸ Aunque los UNGP no son vinculantes en sí mismos por ser derecho blando o *soft law*, podría argumentarse que las obligaciones de los Estados en el UNGP son una reafirmación de las obligaciones legales existentes contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁹

El tercer pilar de los UNGP establece que las víctimas tienen derecho a obtener reparación a través de mecanismos eficaces de reclamación judiciales y no judiciales, a cargo del Estado y de las empresas.²⁰ Lamentablemente, este pilar ha sido “olvidado” debido al poco avance en comparación con los otros dos pilares.

Lo anterior responde a varios factores. En primer lugar, la ineficacia de los sistemas jurídicos nacionales para reparar a víctimas de derechos humanos por la presencia de conflictos armados, la corrupción, la influencia política o la falta de competencia; razones por las cuales los sistemas del país donde se ha producido el daño no pueden garantizar tribunales que funcionen, que estén bien dotados de recursos o sean fácilmente accesibles. Por ejemplo, dos integrantes del Grupo de Trabajo, Claes Cronstedt y Robert Thompson, sostienen que los tribunales nacionales pueden demorar entre 5 o 10 años para resolver un caso. Además, argumentan que en ocasiones los jueces de los tribunales nacionales son influenciados por los

¹⁷ Lorna McGregor, “Activating the Third Pillar of the UNGPs on Access to an Effective Remedy”, Blog of the European Journal of International Law, 2018, consultado en <https://www.ejiltalk.org/activating-the-third-pillar-of-the-ungps-on-access-to-an-effective-remedy/>

¹⁸ United Nations, HRC, “Business and human rights: Improving accountability and access to remedy”, A/HRC/RES/38/13 (2018).

¹⁹ Andrés López, “Contemporary responses to businesses’ negative human rights impact”, *Revista de Direito Internacional* 17, núm. 1 (2020): 341-49.

²⁰ Pillar, “Access to Remedy”, Shift Project Blog (18 de mayo de 2020), consultado en <https://www.shiftproject.org/resources/remedy/>

gobiernos de turno o lobbies empresariales, lo cual pone en tela de juicio la eficacia y legitimidad del proceso.²¹ Incluso en los tribunales nacionales que tienen un grado aceptable de independencia e imparcialidad, las víctimas pueden experimentar obstáculos en los procedimientos ante tribunales nacionales, como “retrasos, costos elevados, problemas lingüísticos, recursos que consumen mucho tiempo, obstáculos jurídicos, jurisdiccionales y prácticos y dificultades para hacer cumplir las órdenes”.²²

En segundo lugar, la disparidad de poder y recursos entre las víctimas y las empresas, las barreras jurisdiccionales casi insuperables que enfrentan las víctimas a nivel nacional y la falta de representación legal capaz de representar a las víctimas de DD. HH., entre otras.²³ Estos obstáculos pueden disuadir a la víctima de presentar reclamaciones o dejarla con un recurso difícil de hacer efectivo.²⁴ Por lo tanto, un número considerable de personas cuyos DD. HH. se ven afectados por las empresas, carecen de acceso a un mecanismo que pueda proporcionar un recurso de justicia efectivo.²⁵

En tercer lugar, los tribunales internacionales, incluidos los regionales, se ocupan principalmente de demandas contra los Estados. Por lo tanto, están limitados por su jurisdicción para responsabilizar a los Estados por su impacto negativo en los DD. HH.²⁶ La única solución posible que se ha adoptado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es atribuir las acciones de las empresas al Estado, a través de una interpretación muy amplia de los principios de atribución de los actos ilícitos internacionales

²¹ Claes Cronstedt y Robert Thompson, “A proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights”. Simposio online: An International Jurisdiction for Corporate Atrocity Crimes. Harvard International Law Journal Online (2016), consultado en https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Cronstedt-and-Thompson_0615.pdf

²² Emma Vidak-Gojkovic, Cherie Blair y Marie-Anaïs Meudic-Role, “The medium is the message: Establishing a system of business and human rights through contract law and arbitration”, *Journal of International Arbitration* 35, núm. 4 (2018): 379-412.

²³ Simma *et al.*, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 3; Gwynne Skinner, Robert McCorquodale y Olivier De Schutter, *The Third Pillar* (The International Corporate Accountability Roundtable, diciembre 2013), 25.

²⁴ John Ruggie, *Just business: Multinational corporations and human rights* (New York: W. W. Norton & Company, 2013); Skinner *et al.*, *The Third Pillar*, p. 6.

²⁵ Ruggie, *Just business: Multinational corporations and human rights*.

²⁶ Claes Cronstedt, Jan Eijbouts, Adrienne Margolis, Martijn Scheltema y Robert Thompson, “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”, *Kluwer Arbitration Blog* (2017), 11.

para poder ofrecer remedio a las víctimas de abusos empresariales.²⁷ Sin embargo, este enfoque hace invisibles a las empresas centrando toda la atención en el Estado y las deja de alguna manera sin responsabilidad por sus conductas.

En todo caso, más allá del particular contenido del tercer pilar, el derecho de acceso a reparaciones efectivas debe considerarse como un elemento transversal a los tres pilares de los UNGP, en la medida en que hay una referencia permanente en todos los pilares sobre la necesidad de que Estados y empresas faciliten el acceso a soluciones efectivas para víctimas de graves abusos corporativos.²⁸ Por su parte, el informe del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos del 2017,²⁹ ha invitado a adoptar un enfoque denominado “todos los caminos hacia la reparación”, con el fin de que todos los actores adopten soluciones prácticas y concertadas para garantizar la reparación efectiva de las víctimas.³⁰

Dado que los mecanismos judiciales estatales y los mecanismos internacionales de protección de los DD. HH. existentes, no siempre han podido abordar adecuadamente la cuestión del acceso a la reparación de dichas víctimas, los mecanismos no judiciales, como el arbitraje internacional,³¹ tienen el potencial para ofrecer una solución a la falta de acceso a recursos efectivos de las víctimas de abusos corporativos de forma complementaria a los procesos judiciales. Estos pueden ser especialmente significativos en los Estados en los cuales los tribunales sean incapaces por cualquier razón, de proporcionar un acceso adecuado y efectivo a la reparación.³²

²⁷ *Caso de los trabajadores de la fábrica de fuegos artificiales de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil* (2020), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 407; Daniel Márquez, “Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas”, *Anuario de Derechos Humanos* 16, núm. 2 (December 31, 2020): 347–79, <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.57394>.

²⁸ Ver, Principio 1, 22 y 25.

²⁹ UN General Assembly, “Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises”, A/72/162* (18 July 2017).

³⁰ *Ibid.*, Par. 60

³¹ Katerina Yiannibas, “International Arbitration & the Remedy Gap for Victims of Business-Related Human Rights Abuses”, GroJIL- blog (18 de marzo de 2018), consultado en <https://grojil.org/2018/11/06/international-arbitration-the-remedy-gap-for-victims-of-business-related-human-rights-abuses/>.

³² Ruggie, *Just business: Multinational corporations and human rights*.

De esta manera, según el principio 31 de los UNGP, para que un mecanismo no judicial sea eficaz debe cumplir con al menos ocho criterios, a saber: ser legítimo, accesible, predecible, equitativo, transparente, compatible con los derechos, fuente de aprendizaje continuo y basado en el compromiso y el diálogo.³³ De hecho, añade que “los mecanismos de reclamación mal diseñados o aplicados pueden crear el riesgo de agravar la sensación de agravio entre las partes al aumentar su sensación de falta de poder y de respeto por el proceso”.³⁴ Así mismo, el concepto de reparación requiere que dichos mecanismos sean capaces de conducir a una investigación rápida, exhaustiva e imparcial; el cese de la violación, si está en curso; y una reparación adecuada, incluyendo, según sea necesario, la restitución, la compensación, la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición.³⁵

En este sentido, el arbitraje podría funcionar como un mecanismo adecuado toda vez que tiene ventajas asociadas con la agilidad, flexibilidad y simplicidad del procedimiento, y la neutralidad del organismo que decide, la experiencia de los árbitros que son elegidos por las partes, la confidencialidad de los procedimientos y un coste predeterminado.³⁶ No obstante, el arbitraje no es un mecanismo completamente apto para satisfacer a las víctimas de los derechos humanos y su acceso podría ser demasiado costoso para ser eficaz. En consecuencia, es necesario introducir cambios en las normas del arbitraje para que este se convierta en un mecanismo eficaz para las víctimas de violaciones a los DD. HH.

Para evaluar la idoneidad del arbitraje como solución a la falta de acceso a la justicia para las víctimas, la siguiente sección presenta un análisis de los casos de arbitraje de inversión que han implicado consideraciones de DD. HH., con el objetivo de ofrecer un resumen del estado del arte del arbitraje sobre el tema; posteriormente, la cuarta sección analizará la naturaleza y las características del nuevo mecanismo de arbitraje de DD. HH., introducido por las Reglas, como forma de arbitraje comercial.

³³ Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, “National Action Plans on Business and Human Rights. Guiding Principle 31”, 2017.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Skinner *et al.*, *The Third Pillar*, p. 30.

³⁶ Nigierl Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015).

3. Arbitraje de inversión

Los tratados bilaterales de inversión (TBI) tienen por objeto promover, fomentar y proteger las inversiones de los nacionales de uno de los Estados contratantes en el territorio del otro Estado contratante.³⁷ Si bien estos tratados buscan impulsar la inversión extranjera directa y con ello el desarrollo económico, se han detectado diversos problemas relacionados con su impacto social y ambiental. Con frecuencia, los grandes proyectos de inversión, particularmente en sectores extractivos como la minería, el petróleo y el gas, han generado afectaciones significativas al medioambiente, hasta contaminar fuentes de agua y degradar ecosistemas.³⁸ Asimismo, estas inversiones han estado vinculadas a violaciones de derechos humanos, como el desplazamiento forzado de comunidades locales, la criminalización de defensores ambientales y situaciones de trabajo indigno.³⁹ Por ello, es necesario encontrar un equilibrio que permita aprovechar los beneficios de la inversión extranjera sin comprometer la protección ambiental y el respeto a los derechos humanos.

En su informe de 2013, John Ruggie, representante especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas, identificó dos problemas principales. Primero, las cláusulas de estabilidad en los tratados de inversión a menudo impiden que los estados anfitriones adapten su legislación para reforzar la protección de los derechos humanos, incluso cuando tales modificaciones sean generales y no discriminatorias. Segundo, existe una incoherencia política resultante de la falta de alineación entre las distintas agencias estatales que negocian tratados, lo que deriva en obligaciones contrapuestas. Otro factor preocupante es el *treaty shopping*, donde las empresas reestructuran sus operaciones corporativas para acogerse a la protección de tratados de inversión específicos.

Durante las últimas tres décadas, ha habido una evolución gradual en los acuerdos comerciales para intentar abordar estos desafíos. En los

³⁷ Latham & Watkins, *Guide to International Arbitration*, LW.com, 2014, <https://www.lw.com/admin/Upload/Documents/Guide-to-International-Arbitration-May-2014.pdf>

³⁸ Tatiana Gos, “La ‘responsabilidad de respetar’ los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas”, *The American University International Law Review* 32, núm. 4 (2016): 859-893, <https://bit.ly/341gj7L>.

³⁹ *Ibid.*

años 90 comenzaron a incluirse cláusulas relacionadas con derechos humanos, trabajo y medioambiente, aunque inicialmente en acuerdos paralelos no sujetos a arbitraje inversionista-estado.⁴⁰

Desde el 2010 se han visto avances mayores, con capítulos que hacen referencia a temas ambientales, laborales y de género, que permiten consultas con insumos de la sociedad civil. El Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) del 2016, incluyó un capítulo laboral sujeto a mecanismos de solución de controversias Estado-Estado, en conexión con violaciones al comercio.

En cuanto a los tratados bilaterales de inversión (TBI), en el 2014 alrededor del 4 % incluía alguna obligación para los gobiernos de no promover inversiones reduciendo estándares laborales, ambientales o de salud. Esto se ha vuelto más común con ejemplos como el Modelo de TBI de EE.UU. del 2012, y el TBI Marruecos-Nigeria del 2016.

Este último es el primer TBI que incorpora obligaciones estatales para prevenir abusos empresariales contra los derechos humanos, reproduciendo el artículo 25 de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. Además, condiciona los beneficios del tratado al cumplimiento de estándares ambientales y de derechos humanos por parte de los inversores.

A pesar de estos avances, la gran mayoría de los tratados de inversión vigentes carecen de disposiciones sólidas sobre derechos humanos y responsabilidad empresarial. La comunidad internacional tiene un largo camino por recorrer para garantizar que la inversión extranjera contribuya verdaderamente al desarrollo sostenible, sin socavar los derechos fundamentales.

El mecanismo jurídico para presentar reclamaciones en virtud de estos tratados se encuentra en las disposiciones de solución de controversias acordados entre las partes (inversionistas y Estados), en las que cada Estado presta su consentimiento anticipado para someter las controversias en materia de inversión a un arbitraje internacional.⁴¹ El mecanismo resuelve las disputas entre los inversionistas y los Estados receptores que surgen

⁴⁰ Alma Ríos, “El libre comercio a la luz de los derechos humanos. Caso: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)”, *Ius Comitialis* 1, núm. 1 (2018): 151-60, <http://portal.amelica.org/ameli/journal/137/1371249011/>

⁴¹ Latham & Watkins, *Guide to International Arbitration*.

directamente de una inversión,⁴² basados en la ley aplicable contenida en el TBI, que es la base de los derechos y deberes de las partes.⁴³

Así, a la fecha han existido diversos casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados en los que el Estado ha planteado consideraciones de DD. HH., que podrían justificar la imposición de medidas contra el inversionista.⁴⁴ Los paneles arbitrales han abordado, entre otras cuestiones: (i) la capacidad reguladora de los Estados y sus límites en función de la protección de DD. HH., (ii) la armonización del derecho internacional en la medida en que el derecho de las inversiones y el derecho de los derechos humanos deben considerarse como un conjunto compatible de obligaciones, (iii) el acceso de terceros expertos en DD. HH. a los procedimientos arbitrales, (iv) la cuestión de si las empresas pueden estar sujetas a obligaciones en materia de DD. HH. y, (v) la naturaleza de las obligaciones que se les pueden imponer. En las próximas líneas, analizaremos lo positivo y negativo del arbitraje de inversiones con el propósito de entender sus limitaciones y potencial para resolver el problema de acceso a la justicia de víctimas de graves abusos corporativos.

3.1. Los derechos humanos en decisiones sobre inversión extranjera

En la última década, los tribunales de arbitraje de inversiones han empezado a incluir en su razonamiento consideraciones de DD. HH. que han ido mejorando la idoneidad del arbitraje para resolver disputas de DD. HH. relacionadas con ETN. En primer lugar, en casos como *Philip Morris vs. Uruguay* (2016) y *David Aven y otros vs. Costa Rica* (2018) (*David Aven*), *Glencore vs. Colombia* (2022) y *Readeagle vs. Colombia* (2023), los árbitros han aceptado que los Estados puedan ejercer sus poderes de policía, siempre que se adhieran a los principios del debido proceso en la adopción y aplicación de dichos poderes.

En el caso *Phillip Morris vs. Uruguay* (2016), el Estado fue demandado por la empresa, debido a una política antitabaco a través de la cual se adoptaron dos medidas que impedían a las empresas vender algunos

⁴² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Reglas y Reglamentos del CIADI* (2006). <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio>

⁴³ Campbell McLachlan, Matthew Weiniger y Laurence Shore, *International investment arbitration: Substantive principles* 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2007).

⁴⁴ *Tulip Real Estate and development Netherlands v. Republic of Turkey* (2015), Par.125-129.

productos y las obligaban a cubrir una zona relevante de los paquetes de cigarrillos con advertencias.⁴⁵ Los árbitros, en este caso, aceptaron el alegato de la demandada al considerar que las medidas eran un ejercicio válido de los poderes de policía del Estado,⁴⁶ debido a que la protección de la salud pública ha sido reconocida desde hace tiempo como una manifestación esencial de la soberanía del Estado.⁴⁷

En el mismo sentido, en el caso *David Aven*, el tribunal sopesó preocupaciones ambientales sobre la protección de los bosques y la vida silvestre del Estado con los intereses de los inversionistas. El tribunal arbitral concluyó que la protección de los inversionistas está subordinada al derecho del Estado de adoptar y aplicar leyes y medidas de protección medioambiental.⁴⁸ Sin embargo, el tribunal señaló que esta subordinación no es absoluta porque puede haber excepciones razonables, y que el Estado anfitrión debe hacer cumplir sus leyes ambientales “de manera justa y no discriminatoria, siguiendo los principios del debido proceso, no solo para su adopción sino también para su aplicación”.⁴⁹

Los casos recientes de *Glencore vs. Colombia* (2022) y *Readeagle vs. Colombia* (2023) han reforzado aún más el reconocimiento de los tribunales arbitrales del derecho soberano de los Estados, a regular en aras de proteger el medioambiente y los derechos humanos. En *Glencore*, una controvertida empresa minera demandó a Colombia por aplicar un sistema de control de emisiones más estricto. El tribunal falló a favor del Estado, afirmando su potestad para adoptar regulaciones ambientales más rigurosas sin que ello constituya una expropiación indebida. De forma similar, en *Readeagle* el tribunal respaldó las acciones de Colombia para revocar títulos mineros que amenazaban con devastar ecosistemas frágiles y violar los derechos territoriales de comunidades étnicas. Estos casos sientan un importante precedente al reafirmar que los tratados de inversión no pueden interpretarse como una camisa de fuerza, que impida a los Estados cumplir con sus

⁴⁵ *Philip Morris v. Uruguay* (2016).

⁴⁶ *Philip Morris v. Uruguay* (2016), p. 287.

⁴⁷ *Philip Morris v. Uruguay* (2016), p. 291.

⁴⁸ Victoria Khandrimaylo, “Tribunal finds Costa Rica’s measures to protect the environment did not breach FET or its expropriation obligations under CAFTA-DR”, *Investment Treaty News*, 2018.

⁴⁹ *David Aven y otros v. La República de Costa Rica*, Caso del Ciadi No. UNCT/15/3 (18 de septiembre de 2018).

obligaciones constitucionales y compromisos internacionales en materia de derechos humanos y protección ambiental.

En segundo lugar, en lo que respecta a la capacidad de los tribunales de inversiones para integrar las consideraciones relativas a DD. HH. en los procedimientos arbitrales, se ha dicho que el derecho internacional de las inversiones y el derecho de los derechos humanos suelen considerarse como regímenes jurídicos autocontenidos, autónomos o incluso antagónicos, lo que refuerza el llamado problema de la “fragmentación” del derecho internacional.⁵⁰ Sin embargo, tanto los inversionistas como los Estados receptores han presentado argumentos afirmando que las disposiciones contenidas en los diferentes Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), no pueden interpretarse aisladamente de las normas de DD. HH. Toda vez que, desde la perspectiva del inversionista las normas de protección tienen una relación subyacente y profundamente arraigada con varios DD. HH. básicos, incluyendo, entre otros, el derecho a la propiedad y el derecho a un juicio justo.⁵¹ Por otro lado, bajo la perspectiva del Estado anfitrión, los inversionistas deben cumplir con las obligaciones de DD. HH.⁵² La protección concedida en virtud de los AII no puede interpretarse únicamente a favor de los inversionistas, es necesario integrar en las consideraciones sobre protección de la inversión extranjera y las obligaciones en materia de DD. HH. vigentes para los Estados anfitriones.

La noción de armonización parte de la presunción de que el derecho internacional es un solo sistema con múltiples regímenes especiales que son interdependientes y persiguen en última instancia un mismo bien común internacional.⁵³ De este modo, los compromisos jurídicos internacionales económicos de los Estados, incluyendo la protección de la inversión extranjera y relativos a la liberalización del comercio, deben armonizarse con las obligaciones en materia de derechos humanos e interpretarse como un

⁵⁰ Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni, (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 46.

⁵¹ Dupuy *et al.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, p. 52.

⁵² *Ibid.*, p. 54.

⁵³ Anne Peters, “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization”, *International Journal of Constitutional Law* 15, núm. 3 (2017): 671-704, <https://doi.org/10.1093/icon/mox056>.

conjunto de obligaciones compatibles entre sí.⁵⁴ Una de las estrategias para armonizar las obligaciones internacionales de los Estados provenientes de diferentes regímenes, es a través de la interpretación de los tratados a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Al hacer referencia a la regla general de interpretación de los tratados contemplada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el tribunal de arbitraje en el caso *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. vs. la República de Turquía* aseguró que, en la interpretación de los tratados se deben tener en cuenta “todas las normas pertinentes de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes”. Los únicos requisitos del artículo 31(3)(c), son que las normas sean pertinentes y que se apliquen entre los Estados parte en el tratado a ser interpretado.⁵⁵ Esto significa que, aunque un tribunal solo sea competente en relación con un instrumento concreto, siempre debe interpretar y aplicar dicho instrumento en relación con su entorno normativo, es decir, con todo el derecho internacional.⁵⁶

Del mismo modo, en el caso *Phoenix Action Ltd. vs. República Checa* (2009), el tribunal sostuvo que el derecho internacional de las inversiones, incluidos el Convenio del Ciadi y los TBI, debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional público.⁵⁷ Además, el tribunal declaró que las inversiones realizadas en violación de las normas más fundamentales de protección de DD. HH., como la tortura, el genocidio, el apoyo a la esclavitud o el tráfico de órganos humanos, no serían respaldadas por el Ciadi.⁵⁸

En la misma línea, en los casos *Urbaser SA y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, y Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa vs. República Argentina* (2016) (*Urbaser*), el tribunal expresó que el TBI remitía en su derecho aplicable a los “principios generales del derecho internacional”. Por

⁵⁴ Mac Darrow y Louise Arbour, “The Pillar of Glass: Human Rights in the Development Operations of the United Nations”, *The American Journal of International Law* 103, núm. 3 (2009): 446-501.

⁵⁵ *Tulip Real Estate and development Netherlands v. Republic of Turkey* (2015), p. 87.

⁵⁶ United Nations, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008). https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt_ph_s.pdf

⁵⁷ *Phoenix Action, LTD. v. The Czech Republic*, Caso del Ciadi No. ARB/06/5 (15 de abril de 2009), p. 78.

⁵⁸ *Phoenix Action, LTD. v. The Czech Republic*, Caso del Ciadi No. ARB/06/5 (15 de abril de 2009), p. 78.

consiguiente, el TBI no puede ser interpretado como un conjunto aislado de normas del derecho internacional general con “el único propósito de proteger las inversiones a través de los derechos otorgados exclusivamente a los inversores”.⁵⁹ Adicionalmente, el tribunal señaló que, el TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas las relativas a los DD. HH.⁶⁰ Por lo tanto, los AII deben interpretarse desde una perspectiva sistémica o integrada con las normas pertinentes del derecho internacional.

En tercer lugar, los tribunales arbitrales han flexibilizado las reglas en relación con la participación de terceros, tales como ONG y expertos en DD. HH. en los procedimientos arbitrales. Permitir la participación de personas naturales y jurídicas que, sin ser parte en el litigio, puedan aportar información fáctica y conocimientos jurídicos adicionales a los ya aportados por las partes contendientes,⁶¹ representa una oportunidad de ampliar el alcance del arbitraje de inversión para abarcar consideraciones de política pública relacionadas con los efectos adversos de la inversión.⁶²

En este contexto, el caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos* (2005), supuso una importante contribución a la cuestión del acceso público a los arbitrajes internacionales entre inversionistas y Estados. El 25 de agosto del 2000, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), un grupo de reflexión independiente dedicado a la investigación y la defensa del desarrollo sostenible, presentó la primera petición registrada de acceso a los procedimientos arbitrales en calidad de *amicus curiae*. Al mismo tiempo, el IISD solicitó acceso a los alegatos de las partes y a las audiencias orales.⁶³

En el 2001, el tribunal arbitral aceptó la presentación de *amicus curiae* por parte del IISD y otros terceros. Este fue un fallo histórico y

⁵⁹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. La República de Argentina*, Caso del Ciadi No. ARB/07/26 (8 de diciembre de 2016), pp. 341-342.

⁶⁰ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. La República de Argentina*, Caso del Ciadi No. ARB/07/26 (8 de diciembre de 2016), pp. 345.

⁶¹ Francesco Francioni, “Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law”. *European Journal of International Law* 20, núm. 3 (2009): 729-747.

⁶² Francioni, “Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law”, p. 740.

⁶³ Howard Mann, “Methanex v. United States,” *Investment Treaty News*, October 18, 2018, disponible en: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/methanex-v-united-states/> (consultado el 12 de junio de 2024).

ha sido seguido en varias decisiones internacionales sobre inversiones, incluyendo *Biwater Gauff vs. La República de Tanzania*, así como en el caso *Urbaser*, en las que los tribunales consideraron que la participación de terceros, en particular de ONG especializadas en DD. HH., era importante porque informaba el análisis de las reclamaciones por parte del tribunal.⁶⁴

Estas decisiones son importantes por varias razones: (i) reconocen y afirman el interés público en las controversias entre inversionistas y Estados, (ii) ayudan a normalizar la idea de la participación de terceros en los procedimientos arbitrales, (iii) garantizan que las controversias entre inversionistas y Estados tengan en cuenta cuestiones más amplias, como el desarrollo sostenible y los DD. HH., cuando sea pertinente, (iv) promueven la responsabilidad de los inversionistas y los gobiernos, y (v) mejoran la percepción de la legitimidad del sistema.⁶⁵ Estos avances son relevantes para mejorar la transparencia y la legitimidad de los procedimientos.

En cuarto lugar, una de las consideraciones más controvertidas es, si las empresas podrían estar sujetas a las obligaciones internacionales en materia de DD. HH., y en este mismo contexto, qué tipo de obligaciones se les podrían imponer. El tribunal en el caso *David Aven* analizó esa cuestión para resolver la contrademanda de Costa Rica, que pretendía obligar a la demandante a pagar daños y perjuicios para restaurar el entorno de Las Olas, lugar donde la demandante construyó un complejo turístico. El tribunal concluyó que el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), imponía implícitamente a los inversores la obligación de proteger el medioambiente. Además, sostuvo que los inversionistas no son inmunes a ser demandados por el incumplimiento de las obligaciones de protección del medioambiente en virtud del tratado de inversión.⁶⁶ Sin embargo, el tribunal señaló que el CAFTA-DR no impone “obligaciones afirmativas” a los inversionistas y no establece que cualquier incumplimiento de las normas ambientales constituya una violación del tratado que sirva de base para una reconvención.⁶⁷

⁶⁴ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Martin Dietrich Brauch, Stefanie Schacherer, *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s* (Winnipeg: IISD, 2018).

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Khandrimaylo, “Tribunal finds Costa Rica’s measures to protect the environment did not breach FET or its expropriation obligations under CAFTA-DR”.

⁶⁷ *David Aven y otros v. La República de Costa Rica*, Caso del Ciadi No. UNCT/15/3 (18 de septiembre de 2018).

Un caso importante en este tema fue el caso *Urbaser*, en el cual el tribunal rechazó el argumento de los demandantes respecto a que las empresas no podían ser por naturaleza sujetos de derecho internacional en un sistema entre Estados. Por el contrario, el tribunal afirmó que las personas jurídicas no son inmunes al derecho internacional, y que este puede aplicarse a ellas en términos y condiciones similares a los individuos.⁶⁸ En este sentido, el tribunal también sostuvo que, aunque no estén expresamente reconocidos por los AIJ, los inversionistas extranjeros pueden estar sujetos a obligaciones de derecho internacional,⁶⁹ ya que no se puede admitir que las empresas que operan a nivel internacional sean inmunes a convertirse en sujetos de derecho internacional.⁷⁰ En este contexto, el tribunal reconoció que el derecho al agua se corresponde con la obligación de los Estados de proporcionar a todas las personas que viven bajo su jurisdicción servicios de agua potable y alcantarillado seguros y limpios, y que dicha obligación podría imponerse directamente a una empresa.⁷¹

Pese a este hallazgo, el reto que le quedaba al tribunal era interpretar una obligación legal para el inversionista, pero no pudo encontrar tal obligación en una fuente jurídica, ya que las obligaciones internacionales de DD. HH. fueron redactadas de manera que están dirigidas a los Estados parte. Por lo tanto, concluyó que, si los Estados quieren imponer obligaciones directas a los inversionistas, deben hacerlo a través de un lenguaje explícito en el TBI.⁷²

En el caso *Urbaser*, el tribunal también analizó la naturaleza de las obligaciones que pueden imponerse a los sujetos privados como las empresas. Así, el tribunal afirmó que las obligaciones positivas se imponen a los Estados en virtud de los instrumentos de derechos humanos, pero el caso es diferente para los inversionistas que, aunque persiguen el mismo objetivo de satisfacer necesidades relacionadas con DD. HH., estos últimos lo hacen con base en una concesión y no en virtud de una obligación derivada del derecho humano al agua. Por ello, la obligación positiva de

⁶⁸ Schacherer, *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, p. 29.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 29.

⁷¹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. La República de Argentina*, Caso del Ciadi No. ARB/07/26 (8 de diciembre de 2016).

⁷² *Ibid.*

garantizar el agua recae en los Estados y no se puede transferir a las empresas automáticamente, sino que debe mediar un contrato de derecho civil o comercial para estos fines. La situación es diferente si estuviera en juego una obligación negativa porque dicha obligación “puede ser de aplicación inmediata, no solo para los Estados, sino también para los particulares y otras partes privadas”.⁷³

El razonamiento expresado por este tribunal está en consonancia con el dicho por el tribunal en el caso *David Aven*, porque ambos tribunales afirmaron que es posible interpretar que las empresas tienen la obligación internacional de no violar derechos humanos,⁷⁴ como se establece en el principio 11 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos. Esto significa que las empresas deben evitar infringir los DD. HH. de los demás y abordar los impactos adversos sobre los DD. HH. en los que están involucradas.⁷⁵ Lo anterior no es excluyente a que también los Estados puedan imponer obligaciones adicionales a las empresas en materia de DD. HH., a través de TBI y regulación nacional con efectos extraterritoriales.

En conclusión, como se ha mostrado en esta sección, los Estados deben equilibrar el cumplimiento de la protección de los intereses de los inversores garantizada por los instrumentos de AII con sus obligaciones internacionales en virtud de los instrumentos de derechos humanos, situación que se sigue considerando problemática para los Estados pertinentes.⁷⁶

3.2. Idoneidad del arbitraje sobre inversión extranjera frente a abusos de DD. HH.

Como se ha explicado, el arbitraje de inversiones ha aportado desarrollos relevantes en temas relacionados con la responsabilidad de los inversores por afectaciones a los DD. HH. como: (i) la expansión y límites de los

⁷³ *Ibid.*, Par. 1210.

⁷⁴ *David Aven y otros v. La República de Costa Rica*, Caso del Ciadi No. UNCT/15/3 (18 de septiembre de 2018).

⁷⁵ Naciones Unidas, “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, (2011). https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

⁷⁶ Rodrigo Polanco y Rodrigo Mella, “Chapter 2 Investment arbitration and human rights cases in Latin America”. En *Research Handbook on Human Rights and Investment*, ed. por Yannick Radi. Cheltenham (Edward Elgar Publishing Limited, 2018).

poderes de regulación del Estado en relación con consideraciones ambientales y de DD. HH.; (ii) la interpretación sistémica de las cláusulas de los TBI que permite la integración y armonización del derecho internacional de las inversiones con las normas internacionales de DD. HH. Así mismo, (iii) la participación de terceras partes en los procedimientos arbitrales, como las ONG y las organizaciones de DD. HH., es un avance importante en este campo, ya que permite a los tribunales alcanzar una perspectiva humanizada de las implicaciones de las decisiones en disputas de inversiones relacionadas con abusos de DD. HH. Además, (iv) varios tribunales han aceptado que algunas obligaciones de respeto frente a los DD. HH. puedan imponerse directamente a las empresas, ya que estas no pueden ser inmunes al derecho internacional.

Sin embargo, estos importantes avances forman parte de una minoría de casos entre el número de laudos arbitrales que se han dictado en las últimas décadas.⁷⁷ Todavía hay muchos obstáculos y limitaciones, algunos de ellos jurisdiccionales, los cuales impiden que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) aborde eficazmente los litigios relacionados con DD. HH. y empresas.

De hecho, la academia y otros actores relevantes han planteado repetidamente su preocupación por la falta de transparencia y legitimidad de los tribunales de arbitraje,⁷⁸ la incoherencia en la interpretación de las disposiciones de los tratados de inversión que impiden a los Estados perseguir los intereses legítimos que puedan afectar a los inversores, y la falta de mecanismos que puedan abordar la incoherencia de las decisiones de los tribunales.⁷⁹

⁷⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes, *2020 Annual Report: Excellence in Investment Dispute Resolution*, September 21, 2020. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf

⁷⁸ Clara Reiner y Christoph Schreuer, “Human Rights and International Investment Arbitration”, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, ed. por Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (Oxford: Oxford University Press, 2009), 96; Horatia Watt, “The Contested Legitimacy of Investment Arbitration and the Human Rights Ordeal: The Missing Link”, in *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, ed. Walter Mattli y Thomas Dietz (Oxford: Oxford University Press, 2014), 3.

⁷⁹ David Gaukrodger, “Business responsibilities and investment treaties”, *OECD Working Papers on International Investment*, núm. 02 (2021), 18, <https://doi.org/10.1787/4a6f4f17-en>; Dupuy et al., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 18.

De igual manera, a pesar de que los Estados se han basado en consideraciones de DD. HH. para justificar medidas con efectos adversos sobre la inversión extranjera,⁸⁰ la jurisdicción es una de las cuestiones que no les permitiría a los tribunales de arbitramento de inversiones decidir sobre las reclamaciones de DD. HH. La jurisdicción de los tribunales depende de la formulación de la cláusula compromisoria en el tratado o contrato,⁸¹ que puede contener una referencia a las fuentes generales del derecho internacional.⁸² Si lo hace, bajo la teoría de la armonización, el tribunal podría interpretar la obligación supuestamente violada bajo el tratado de inversión, mitigada por una obligación externa, que en este caso sería una obligación de DD. HH.⁸³

Empero, si no hay ninguna referencia al derecho internacional público en la cláusula, la mera alegación de una violación de los DD. HH. no bastaría para conferir jurisdicción a un tribunal de arbitramento sobre ese problema jurídico.⁸⁴ En este escenario, los árbitros carecerían de jurisdicción sobre cuestiones de DD. HH., y deberían limitarse a solucionar las controversias derivadas de una determinada inversión internacional.⁸⁵ Por lo tanto, si un árbitro se declara competente para conocer una reclamación de DD. HH., el laudo puede ser anulado por exceso de poder, ya que se puede estimar que el árbitro fue más allá de lo especificado en su mandato.⁸⁶ Esto señala que el papel actual de los DD. HH. en el contexto del arbitraje de inversiones es, en el mejor de los casos, periférico.⁸⁷

Además, usualmente los tribunales se muestran reacios a abordar las cuestiones de DD. HH.,⁸⁸ ya que los árbitros suelen carecer de la experiencia

⁸⁰ Reiner y Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", 89; Dupuy *et al.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 71.

⁸¹ Reiner y Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", 83.

⁸² Dupuy *et al.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 56.

⁸³ Dupuy *et al.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*.

⁸⁴ Reiner y Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", 83.

⁸⁵ Dupuy *et al.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 62.

⁸⁶ Ioana Knoll-Tudor, "The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms", in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, ed. Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (Oxford: Oxford University Press, 2009), 336.

⁸⁷ Reiner y Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", 83.

⁸⁸ Reiner y Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", 90; Moshe Hirsch, "Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths", in *Human*

o conocimiento necesarios para tratar estas cuestiones.⁸⁹ En consecuencia, el tribunal no puede abordar la situación de dichas víctimas de forma adecuada, pues no puede decidir la compensación requerida ni elaborar el contenido de los derechos violados.⁹⁰

Es así que, el arbitraje de inversión extranjera no es la instancia más adecuada para tratar las disputas sobre DD. HH. relacionadas con las empresas, debido a las limitaciones derivadas de los TBI, y a la lógica del mecanismo de resolución de disputas creado para proteger a los inversionistas, y no para hacerlos responsables de sus impactos negativos sobre los DD. HH. Esto no quiere decir que no pueda seguir transformando el panorama actual, sobre todo a través de la negociación de nuevos tratados sobre inversión extranjera, que permitan balancear la relación entre inversores y Estados receptores. Se volverá a esto en la última sección.

En la siguiente parte se analizarán las Reglas de La Haya sobre arbitraje comercial en materia de empresa y derechos humanos, que podrían modificar el arbitraje tradicional para convertirlo en un mecanismo alternativo no judicial para reparar a las víctimas de abusos empresariales, lo cual podría resolver algunas de las limitaciones del arbitraje de inversiones.

4. Las Reglas de La Haya sobre arbitraje en empresa y derechos humanos

El arbitraje comercial internacional es un proceso de resolución privado que tiene como objetivo resolver cualquier reclamación legal que surja de una relación comercial,⁹¹ apartándose de la noción de arbitraje de inversión que requiere que la disputa surja de la inversión. La ley aplicable es elegida por las partes y la disputa será resuelta por un tribunal arbitral privado designado para tal fin sin recurrir a los tribunales de un país en particular.⁹²

Rights in International Investment Law and Arbitration, ed. Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (Oxford: Oxford University Press, 2009), 113.

⁸⁹ Stanaro, "The Evolving Role of Human Rights in International Arbitration," *Columbia Arbitration Law Review*, disponible en: <https://aria.law.columbia.edu/the-evolving-role-of-human-rights-in-internationalarbitration/?cnreloaded=1>. p. 73.

⁹⁰ Dupuy *et al.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 73.

⁹¹ Vietnam International Arbitration Center (VIAC), "Annual report in 2021", consultado el 12 de junio de 2024, <https://vietnamarbitration.org/2021/>

⁹² Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International B.V., 2009), 64.

El arbitraje internacional ofrece un enfoque oportuno, privado y menos formal para la determinación vinculante de las controversias, al considerar que una decisión dictada en un tribunal extranjero podría no ser ejecutable,⁹³ ya que, en ausencia de compromisos de tratados, los países no tienen la obligación de reconocer y/o ejecutar las sentencias extranjeras⁹⁴ y, además, el reconocimiento y la ejecución dependen principalmente de la regulación procesal interna de los Estados.⁹⁵ En última instancia, podría decirse que el ACI proporciona a las partes un mayor control del proceso, que un proceso judicial.⁹⁶

Aún no se ha resuelto ninguna disputa que implique consideraciones de DD. HH. a través de un proceso de arbitraje comercial internacional, debido a la naturaleza del propio mecanismo, que fue desarrollado para resolver disputas comerciales en las relaciones entre empresas. No obstante, las Reglas de La Haya pretenden aplicar los mecanismos de arbitraje comercial para resolver disputas de DD. HH., implementando algunas modificaciones para adaptar el procedimiento de arbitraje a las cuestiones de DD. HH.⁹⁷

Así, las Reglas se basan en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (el Reglamento de la CNUDMI), con modificaciones específicas para abordar cuestiones que surjan en el contexto de las disputas sobre empresas y DD. HH., que incluyen, entre otras, las siguientes: un mayor grado de normas de conducta de los árbitros y de transparencia, la adecuada experticia de los árbitros para conocer de casos relacionados con DD. HH., y facultades especiales concedidas al tribunal arbitral para crear un entorno probable

⁹³ Gloria Miccioli, "International Commercial Arbitration," 2001, disponible en: https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_ARB.pdf (consultado el 12 de junio de 2024). p.3

⁹⁴ Ralf Michaels, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, 13, https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty_scholarship.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁶ Victorian Bar, "Commercial Arbitration", consultado el 12 de junio de 2024, <https://www.vicbar.com.au/public/adr/commercial-arbitration>.

⁹⁷ Elena de Luis García, "Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los Derechos Humanos", *Themis Revista de Derecho*, núm. 77 (December 21, 2020): 505–151, <https://doi.org/10.18800/themis.202001.028>.

para la resolución de la disputa en el contexto mencionado.⁹⁸ Las principales innovaciones o modificaciones a las Reglas Uncitral propuestas por las Reglas de La Haya son:

- Disposiciones para facilitar los arreglos amistosos y la mediación, así como el énfasis en la complementariedad del arbitraje con procedimientos como el sistema de puntos nacionales de contacto de la OCDE (artículos 1(6), 17(3), 42 y 51);
- Disposiciones para abordar la desigualdad de armas que puede surgir en tales disputas (artículos 5(2), 20(4), 24, 27(2), y 27(4));
- El establecimiento del TPA como autoridad nominadora por defecto, dada su naturaleza intergubernamental y su experiencia en litigios comerciales y de derechos humanos (artículo 6);
- Procedimientos para demandas multiparte y acumulación de terceras partes (artículo 17-bis);
- Un procedimiento para la desestimación anticipada de demandas manifiestamente carentes de fundamento, desarrollado sobre la base de procedimientos similares de las Reglas del Ciadi, la SIAC, la SCC y la HKIAC (así como las nuevas Reglas del Ciadi propuestas) (artículo 23-ss);
- Disposiciones que hacen que el poder del tribunal arbitral sobre las medidas provisionales sea más sólido y, al mismo tiempo, más flexible (artículo 26);
- Un mecanismo de árbitro de emergencia elaborado sobre la base de las Reglas de la CCI y de la CCE (artículo 26-bis);
- Procedimientos probatorios especializados elaborados sobre la base, entre otros, de las Reglas de la IBA y las Reglas de la Corte Penal Internacional (artículos 27, 28 y 30(3));
- Medidas para proteger la identidad de las partes, los abogados y los testigos cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, garantizando al mismo tiempo el debido proceso para todas las partes (artículos 17(5), 28(3) y 37(5));
- Disposiciones sobre transparencia y participación de terceros (artículos 24-bis y 33-38);

⁹⁸ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*.

- Disposiciones adoptadas sobre recursos en el contexto de las empresas y los derechos humanos (artículo 40);
- Normas sobre la ley aplicable que aumenten la flexibilidad y la autonomía de las partes (artículo 41);
- Normas para proteger el interés público en caso de acuerdos confidenciales (artículo 42, apartado 1);
- Normas matizadas en materia de costas y depósitos que animen al tribunal a ser sensible a los intereses del acceso a la justicia (artículos 46-49);
- Un procedimiento de arbitraje acelerado para demandas de escasa cuantía (artículo 52);
- Un código de conducta que refleja los más altos estándares de independencia e imparcialidad en la resolución de disputas internacionales (Anexo).⁹⁹

Estas modificaciones fueron esenciales para adecuar el mecanismo tradicional de arbitraje internacional en función de la necesidad especial de brindar una solución efectiva a las víctimas de violaciones de DD. HH., en las que participaron empresas privadas. El ámbito de aplicación de las Reglas se extiende a cualquier disputa que las partes de un acuerdo de arbitraje hayan decidido resolver, bajo este mecanismo alternativo de resolución de disputas.¹⁰⁰ Por lo tanto, las partes pueden ser empresas, organizaciones internacionales, Estados, entidades estatales y organizaciones de la sociedad civil como organizaciones sindicales y particulares.¹⁰¹

En consecuencia, el arbitraje comercial de empresas y DD. HH. consiste en un mecanismo privado que se centra en las cuestiones entre víctimas y empresas.¹⁰² La aparición de este nuevo tipo de arbitraje es una respuesta a los retrasos, los elevados costes, los problemas lingüísticos, la

⁹⁹ Martin Doe, Katerina Yannabis y Steve Ratner, "Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Public Consultation on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration", *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/27/arbitrating-business-and-human-rights-disputes-public-consultation-on-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>.

¹⁰⁰ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*; Cronstedt *et al.*, "International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward", 11.

lentitud de los recursos, la corrupción y la influencia política que podrían surgir en los tribunales nacionales, así como a las limitaciones del arbitraje de inversiones descritas anteriormente.¹⁰³

Sin embargo, las Reglas no están exentas de críticas. De hecho, el Center of Columbia on Sustainable Investment ha expresado notorias preocupaciones sobre la capacidad del conjunto de reglas para abordar adecuadamente las cuestiones relativas a los DD. HH. antes de su aparición.¹⁰⁴ Otros autores también han analizado la idoneidad de las Reglas para transformar el arbitraje en un foro para resolver abusos de corporativos a los derechos humanos.¹⁰⁵ A su vez, ciertos autores de las Reglas han respondido en un artículo defendiendo el proyecto de algunas de las críticas más importantes.¹⁰⁶ A continuación, se exponen algunas de las preocupaciones más importantes sobre las Reglas, evaluamos el mérito de cada crítica, y de la respuesta que se han dado a ellas.

4.1 Voluntad corporativa y barreras de procedimiento

La primera crítica a la idoneidad de las Reglas para resolver disputas relacionadas con abusos corporativos de derechos humanos tiene dos partes.¹⁰⁷ En primer lugar, si las empresas han luchado contra la jurisdicción de los tribunales nacionales para evitar ser responsables de las violaciones de los DD. HH., ¿por qué deberíamos esperar que las empresas acepten la jurisdicción de un tribunal arbitral internacional? En segundo lugar, incluso si las empresas aceptan la jurisdicción de un tribunal arbitral

¹⁰³ Cronstedt *et al.*, “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”, 4.

¹⁰⁴ Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, 9.

¹⁰⁵ Andi Baaij, “The Potential of Arbitration as Effective Remedy in Business and Human Rights: Will the Hague Rules be Enough?”, *Business and Human Rights Journal* 7, núm. 5 (2022): 271-90, <https://doi.org/10.1017/bhj.2021.36>; Matías Lautaro Acacio, “Arbitraje y Derechos Humanos ¿Antagónicos o Complementarios,” *Anuario en Relaciones Internacionales*, 2021.

¹⁰⁶ Giorgia Sangiuolo y Bruno Simma, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses”, *Michigan Journal of International Law*, *Forthcoming* 28, núm. 2 (2022), <https://doi.org/10.2139/ssrn.4152404>

¹⁰⁷ Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, 9.

internacional para resolver las disputas sobre DD. HH., parece que las mismas barreras procesales a las que se enfrentan las víctimas cuando buscan reparación en los tribunales nacionales estarían presentes en esta nueva forma de arbitraje internacional, incluyendo: las doctrina del *forum non conveniens*, las normas que protegen a las empresas matrices de la responsabilidad por la conducta de sus filiales,¹⁰⁸ y las acciones legales que las empresas pueden utilizar para mover los activos a través de las fronteras para protegerse de la jurisdicción de ejecución de los tribunales nacionales.¹⁰⁹

Ahora, si bien es cierto que las empresas son propensas a oponerse a cualquier nueva forma de jurisdicción que tenga poder sobre sus actividades, y que pueda resultar en una condena económica, hoy en día las empresas están reconociendo que cualquier tipo de abuso en sus operaciones, o de sus socios comerciales, puede impactar fuertemente en sus buenas prácticas de gobierno corporativo.¹¹⁰ De hecho, las empresas han mostrado un creciente interés por evitar violaciones a DD. HH. al darse cuenta que los “riesgos de responsabilidad legal y el daño a la reputación ponen en peligro su licencia social para operar no solo en los países donde se producen los abusos, sino también en sus estados de origen”.¹¹¹ Estos riesgos pueden materializarse en la pérdida de consumidores o clientes que evitan comprar determinadas marcas, en el aumento de las protestas sociales en contra de megaproyectos empresariales, o la potencial reducción en inversión, dado que, cada vez más, los inversionistas están prestando atención al compromiso de las empresas con asuntos ambientales, sociales y de gobernanza.

Además, las empresas son conscientes de que enfrentar una disputa en una corte extranjera les significa importantes desventajas como ser sometidas a procedimientos legales, costumbres e idiomas extranjeros desconocidos; posibles prejuicios sobre su operación o la corrupción de las

¹⁰⁸ Skinner *et al.*, *The Third Pillar*, 15.

¹⁰⁹ Skinner *et al.*, *The Third Pillar*, 18-19; Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, 2.

¹¹⁰ Cronstedt *et al.*, “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”, 13.

¹¹¹ Sally Wheeler, “Global production, CSR and human rights: The courts of public opinion and the social licence to operate”, *The International Journal of Human Rights* 19, núm. 6 (2015): 757-778, <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1016712>

instituciones nacionales;¹¹² jueces poco familiarizados con su actividad y con las cuestiones de derecho extranjero presentadas en la demanda, entre otros.¹¹³

Por el contrario, el arbitraje internacional ofrece un foro neutral con resultados más precisos debido a la experiencia del árbitro en el campo de la disputa.¹¹⁴ Al ofrecer una sede con características seleccionadas en consideración a la naturaleza de la disputa en cuestión, el mecanismo aumenta la probabilidad de una resolución de disputas eficiente, fiable y rentable.¹¹⁵ Estas características se traducen en un procedimiento expedito, justo y menos contencioso entre las partes, que limitaría el daño a la reputación de las empresas y evitaría las reacciones negativas de la sociedad en general, y en una vía rápida para resolver las disputas sobre DD. HH., en lugar de prolongar los litigios en los tribunales nacionales, donde los recursos son limitados.¹¹⁶ En este sentido, existe una oportunidad prometedora para que el arbitraje comercial se convierta en un foro seleccionado contractualmente por las empresas para que sus disputas relacionadas con derechos humanos sean escuchadas en un foro hecho a medida, desarrollado por expertos en la materia para tratar este tipo de disputas.¹¹⁷

Por otro lado, el recurso al arbitraje no es necesariamente una decisión de las empresas, ya que los Estados anfitriones podrían incluir en los TBI la obligación de que los inversionistas acepten la jurisdicción de los tribunales internacionales de arbitraje para resolver los litigios de DD. HH., relacionados con las empresas cuando las víctimas prefieran ese recurso. Además, los Estados podrían incluir en sus contratos con las empresas, una cláusula compromisoria que fuera lo suficientemente amplia como para

¹¹² Gary Benton, “International Business Disputes: Should My Company Use International Arbitration?”, *SVAMC*, 2014, <https://svamc.org/cross-border-business-disputes-company-use-international-arbitration/>

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Cristopher Drahozal y Stephen Ware. “Why Do Businesses Use (or Not Use) Arbitration Clauses?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 25, núm. 2 (2010): 457-479, <https://ssrn.com/abstract=1401600>.

¹¹⁵ Benton, “International Business Disputes: Should My Company Use International Arbitration?”.

¹¹⁶ Cronstedt *et al.*, “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”.

¹¹⁷ Simma *et al.*, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 5.

contener las reclamaciones extracontractuales de DD. HH.¹¹⁸ Estas medidas no solo resolverían el problema de la falta de voluntad de la empresa, sino que también podrían resolver el problema de la falta de competencia del tribunal para resolver la disputa por la doctrina del *forum non conveniens*, pues el foro sería previamente seleccionado por las partes.

En cuanto a otros obstáculos procesales, en particular los relacionados con la personalidad limitada de la sociedad y la consiguiente incapacidad del tribunal para levantar el velo corporativo, estamos de acuerdo en que deben alcanzarse ciertos compromisos para que las Reglas tengan éxito. De este modo, apoyamos la opinión defendida por el Center of Columbia on Sustainable Investment, de que las empresas deben comprometerse a:

aceptar presentar documentos relativos a la situación de control de la empresa matriz relevantes para establecer la responsabilidad de la empresa matriz por los actos de sus filiales; exigir a sus filiales que renuncien a las objeciones jurisdiccionales, a las reclamaciones presentadas en el país de origen de la empresa matriz; [y] comprometerse a no [re]estructurarse para proteger sus activos contra decisiones judiciales.¹¹⁹

Otro obstáculo que han destacado algunos estudiosos de este punto, está relacionado con el derecho a un recurso efectivo. Generalmente se acepta que un recurso efectivo implica necesariamente un derecho a un recurso sustantivo. El recurso sustantivo se refiere a la forma de reparación que se proporciona al final del proceso, si se ha establecido una violación. Ahora bien, aunque ya es discutible que una víctima de violación a DD. HH. pueda asumir los costes de participar en un proceso de arbitraje, la cuestión más preocupante es hasta qué punto es factible que reciba un remedio efectivo después del proceso. En esta línea, algunos argumentan que será un reto para los tribunales reconocer valores como la calidad, la humildad, la humanidad y la dignidad humana, cuando estos valores han sido posiblemente ajenos al mecanismo del arbitraje internacional y, por el

¹¹⁸ Simma *et al.*, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 5.

¹¹⁹ Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, 11.

contrario, se ha hecho hincapié en la velocidad, la privacidad y poder.¹²⁰ Adicionalmente, un recurso eficaz dependerá en gran medida del apoyo y la voluntad de las empresas, los Estados, los terceros y las víctimas. Los tribunales arbitrales tendrán que hacer frente a barreras no solo procesales, sino también sustantivas, como los desequilibrios estructurales de poder y la falta de cooperación de los Estados, circunstancias que se encuentran esencialmente en el centro de la brecha de los remedios globalmente.¹²¹

Otro argumento que se ha dado a este respecto es que, si las Reglas se emplean en general para disputas en empresas entre sí y sus cadenas de suministro, la posibilidad de brindar un remedio efectivo a las víctimas será aún más remota. No obstante, las Reglas fueron diseñadas para resolver disputas entre las víctimas y las empresas, así como entre las empresas y alguno de sus socios comerciales (i.e., miembros de la cadena de suministro), sin que existan a la fecha datos empíricos que puedan predecir cuál será la razón más común para acudir a arbitraje en estos casos. Así mismo, tampoco hay sustento para afirmar que un remedio efectivo no será proporcionado a las víctimas, aun cuando el arbitraje sea entre dos empresas. De hecho, el artículo 45(2) de las Reglas ofrece a los tribunales que dirimen una disputa entre dos empresas una serie de instrumentos monetarios, para garantizar que la parte perdedora repare el daño causado, incluyendo la restitución, la rehabilitación, la satisfacción, el cumplimiento específico y la provisión de garantías de no repetición.¹²²

En última instancia, además de las obligaciones consagradas en los TBI y en los contratos, y de la renuncia de las empresas a algunos obstáculos procesales para la justicia a través del arbitraje internacional, estas y otras cuestiones podrían tener que resolverse a través de las decisiones de los árbitros, que deben adoptar un enfoque garantista con base en las normas procesales. Esto dependerá de la selección del árbitro adecuado con conocimientos y experiencia en DD. HH.

Para finalizar, algunos han argumentado que, aunque las empresas accedieran a participar del arbitraje, este no es el foro adecuado para resolver asuntos de DD. HH., al ser los DD. HH. un asunto de interés público. En

¹²⁰ Andi Baaij, “The Potential of Arbitration as Effective Remedy in Business and Human Rights: Will the Hague Rules be Enough?”.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Sangiuolo y Simma, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses”.

otras palabras, no hay mejor escenario para resolver asuntos de DD. HH. que las cortes nacionales, pues son las únicas que tienen la legitimidad para adjudicar derechos y obligaciones en asuntos que están en el corazón de las sociedades, y que implican temas legislativos y de política pública de cada país.

Dicho lo anterior, es crucial recordar que el arbitraje comercial se ha propuesto como una “alternativa” o “complemento” a los sistemas existentes, cuando estos no están en la capacidad de dar un remedio efectivo a las víctimas de violaciones a DD. HH. por parte de empresas, conflictos que, de otro modo, podrían quedar sin resolver, perpetuando una situación de violación de los derechos humanos. Adicionalmente, el comentario a la Regla 20, aborda este problema al sugerir que las partes elijan una sede de arbitraje donde las disputas de empresa y derechos humanos puedan ser resueltas a través de arbitraje, para evitar problemas de arbitrabilidad subjetiva o ejecución del laudo.¹²³

4.2 Costo del arbitraje

Una segunda preocupación sobre la idoneidad de las Reglas es que los honorarios, el coste de los árbitros y de la representación legal, pueden hacer que las reclamaciones sean inviables y la reparación improbable.¹²⁴ Se han planteado varias soluciones parciales a esta preocupación que pueden funcionar, si en verdad existe un amplio interés por mejorar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos corporativos por parte de la comunidad internacional. Algunas de las soluciones propuestas incluyen que las empresas creen fondos para financiar a víctimas de derechos humanos, o crear un fondo especial de la Corte Permanente de Arbitraje que se utilice para pagar los costes de arbitraje de los países más pobres, o la creación de un fondo fiduciario privado a través del cual particulares, empresas, fundaciones, Estados y otros podrían promover un mejor acceso a la justicia para las víctimas de derechos humanos.¹²⁵

¹²³ Sangiuolo y Simma, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses”.

¹²⁴ Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, 4.

¹²⁵ Cronstedt *et al.*, “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”, 9-10.

Es altamente improbable que por voluntad las empresas creen fondos para financiar litigios contra ellas mismas, pero la creación de un fondo público-privado, con incentivos tributarios para las empresas, que coordinen y administren autónomamente asociaciones de víctimas, podría ser una solución viable a este problema. Sin embargo, requiere de mucha voluntad política para que los Estados promuevan soluciones que recaigan en mecanismos de solución de disputas fuera de su propio sistema judicial.

Sumado a las propuestas de creación de fondos especiales, según el artículo 52 de las Reglas, los honorarios y los gastos deben ser razonables y deben tener en cuenta la situación de cada parte.¹²⁶ El comentario 2 del artículo 52 establece que los árbitros también pueden estar dispuestos a ofrecer sus servicios sin coste alguno (pro bono), ya que el artículo 51 no prescribe la forma en cómo debían pagarse los honorarios profesionales. Sin embargo, el artículo 52.2 obliga al tribunal arbitral a considerar el método de determinación de honorarios y gastos que la autoridad nominadora haya declarado que va a utilizar.

De igual manera, el artículo 53 de las Reglas establece la facultad del tribunal de repartir los gastos teniendo en cuenta la situación de la parte económica más débil, que en la mayoría de los casos será la víctima. El tribunal arbitral, al considerar todas las circunstancias de los diferentes casos, tiene la atribución de adoptar medidas para establecer una distribución justa de los costes del procedimiento. En este contexto, este artículo tiene un doble estándar de protección, ya que por un lado constituye un incentivo para el arbitraje de la parte económicamente más débil que tiene un caso fuerte, y, por otro lado, una protección para los demandados en acciones infundadas.¹²⁷ Adicionalmente, las cláusulas arbitrales podrían incluir que la parte perdedora sea quien pague los gastos del arbitramento y costas legales dependiendo del grado de falta demostrado.¹²⁸

El articulado no solo contempló la opción de la imputación de costas, sino que reguló la opción de la financiación por terceros en los artículos 28 y 55, como manera de resolver las limitaciones económicas

¹²⁶ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*.

¹²⁷ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*.

¹²⁸ Cronstedt *et al.*, “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”, 10.

para acceder al arbitraje por parte de las víctimas. Sin embargo, las Reglas establecieron la obligación de revelar la fuente de asistencia financiera.¹²⁹

Aunque estas soluciones no resuelven por completo los problemas económicos que pueden hacer que las víctimas se sientan menos atraídas por el arbitraje internacional, crean varias alternativas para que el tribunal arbitral pueda mitigar el problema. No obstante, el alto costo del arbitraje y la necesidad de voluntad política para poder mitigar este problema, necesariamente hace que solo algunos grupos de víctimas puedan acceder a este mecanismo de resolución de diferencias, porque no todas las víctimas podrán solventar los gastos que implica someterse a un tribunal de arbitraje internacional. Sin embargo, la propuesta de ventilar disputas de DD. HH. por medio del arbitraje, no pretende suplantar otros medios o ser la solución exclusiva para la falta de acceso a la justicia de las víctimas de abusos corporativos, sino un medio complementario que no necesariamente será para todas las víctimas o empresas.

4.3 Igualdad de armas

La cuarta preocupación sobre la idoneidad de las Reglas y solución de controversias sobre DD. HH. a través de arbitrajes, es el potencial abuso debido a la desigualdad de armas que podría darse en el proceso arbitral. Según el CCSI:

El arbitraje como mecanismo de resolución de disputas tiene el potencial de privilegiar a las partes poderosas y con buenos recursos sobre las menos equipadas. El abuso puede ser un abuso de poder por parte de la otra parte o partes del arbitraje o un abuso por parte del árbitro. El abuso también puede deberse a la conducta del árbitro. Mientras que los laudos pueden ser anulados debido a las características o a la conducta del árbitro, la revisión de los errores de hecho o de derecho de los árbitros es generalmente limitada.¹³⁰

¹²⁹ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*.

¹³⁰ Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, 5.

Estos escenarios de desigualdad son el resultado del hecho de que las empresas han sido “usuarios recurrentes” del arbitraje, por lo tanto, se podría decir que tienen ventajas considerables en términos de familiaridad con las instituciones y los procedimientos arbitrales,¹³¹ frente a los demandantes que probablemente serían *one-shotters*.¹³² Del mismo modo, habría una disparidad significativa en términos de recursos económicos, que podría incidir en la calidad de los abogados y su experiencia, en la práctica de pruebas, y en la posibilidad de futura realización. Esto promueve un escenario de desigualdad de armas, ya que los participantes no compiten en igualdad de condiciones.¹³³ Estamos de acuerdo en que el arbitraje podría permitir abusos relativamente incontrolados, y que los riesgos de daño recaen desproporcionadamente en la parte más débil.¹³⁴ Sin embargo, aunque el arbitraje suponga una amenaza para los derechos de las víctimas, estas podrían recibir el apoyo de ONG internacionales de DD. HH., de abogados pro bono, de sindicatos y de abogados individuales.¹³⁵

De hecho, varias disposiciones de las Reglas que abordan específicamente las cuestiones de desigualdad de armas reflejan esta preocupación. Por ejemplo, el artículo 6(c) del preámbulo señala que las Reglas contienen cambios en comparación con el Reglamento de la CNUDMI, con el fin de abordar el “posible desequilibrio de poder que puede surgir en las disputas bajo estas reglas”. Además, el artículo 6(d) del preámbulo refleja esto cuando insinúa la importancia de tener árbitros con experiencia específica en el campo de los DD. HH.

Del mismo modo, el artículo 5(2), que trata de la representación y la asistencia, establece que cuando una parte se enfrente a cualquier tipo de obstáculo o barrera por falta de conocimientos, de representación, de ubicación física o de recursos económicos, el tribunal deberá “garantizar que dicha parte tenga una oportunidad efectiva de presentar su caso en un

¹³¹ Antony Crockett y Marco de Sousa, “Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?”. *Asian Dispute Review* 20, núm. 3 (2018), 104-11. <https://www.asiandr.com/>.

¹³² Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*.

¹³³ Simma *et al.*, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*.

¹³⁴ Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, 5-6.

¹³⁵ Cronstedt *et al.*, “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”, 9.

procedimiento justo y eficiente”.¹³⁶ El artículo responde a la potencial desigualdad de armas entre las partes contendientes, aborda las desigualdades que crean barreras para el acceso a un recurso, y establece la obligación del tribunal arbitral de ofrecer una oportunidad efectiva a la víctima que se enfrenta a dificultades para presentar su reclamación de forma que no impida su posibilidad de obtener una reparación. El comentario 1 del reglamento explica además que, para cumplir con este mandato, el tribunal debe hacer los esfuerzos pertinentes para ofrecer la oportunidad efectiva, incluso adoptando procedimientos más proactivos e inquisitivos, en lugar de adversariales.¹³⁷

De igual manera, el artículo 22(4) relativo al escrito de demanda, dispone que el “escrito de demanda deberá ir acompañado, en la medida de lo posible, de todos los documentos y demás pruebas invocadas por el demandante o contener referencias a ellos”.¹³⁸ El reglamento utiliza esta expresión para permitir al tribunal arbitral considerar el posible desequilibrio de poder en el acceso a las pruebas en el procedimiento arbitral.

Además, el artículo 27 ofrece la posibilidad a los tribunales de establecer requisitos relativos a la longitud y la forma de las declaraciones escritas que garanticen un procedimiento arbitral justo y eficaz. Esta disposición permite al tribunal arbitral asegurar la eficiencia y la igualdad de armas sin comprometer el debido proceso.¹³⁹ En este caso, la igualdad de armas se refiere a la igualdad de recursos de las partes en un proceso para presentar su caso y defender su interés.

Del mismo modo, el artículo 32(2) establece que el tribunal arbitral ordenará la presentación de documentos en la medida necesaria para que cada parte tenga una oportunidad razonable de exponer su caso, teniendo en cuenta ciertos criterios, incluidos, entre otros, la equidad, la eficiencia, la adecuación cultural y la compatibilidad de derechos.

Más aún, tal y como fue expresado por Sangiuolo y Simma, el propósito de las Reglas fue el de combatir esta desigualdad de armas que

¹³⁶ Center for International Legal Cooperation (CILC). *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. The Hague: CILC, 2019. https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf.

¹³⁷ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

existe *per se* entre las víctimas y las empresas, al ofrecer una vía adicional para prevenir y abordar la violación de los deberes de responsabilidad social de las empresas, institucionalizando un método de resolución de litigios que sea lo suficientemente flexible para adaptarse a la complejidad de los litigios transfronterizos en la cadena de suministro mundial.¹⁴⁰

Entonces, teniendo en cuenta estas disposiciones incluidas en las Reglas, consideramos que estas han establecido modificaciones importantes sobre las normas de arbitraje anteriores para superar el escenario de desigualdad de armas.¹⁴¹ Sin embargo, en nuestra opinión, podrían no ser suficientes en la práctica para excluir los escenarios de desigualdad de armas, porque las herramientas a disposición del tribunal no crean obligaciones a los árbitros para garantizar un procedimiento proteccionista para las víctimas de los abusos relacionados con los DD. HH. de las empresas. De nuevo, esto dependerá de la experiencia y sensibilidad de los árbitros seleccionados.

4.4 Ley aplicable

La última preocupación es que no existe un cuerpo uniforme y vinculante de normas que regulen la conducta de las empresas con relación a los DD. HH. Es decir, que las Reglas son simplemente un conjunto de reglas de procedimiento, que no pueden ser usadas en ausencia de reglas sustantivas aplicables.

Así, podrían surgir cuestiones relativas a la ley aplicable, ya que las partes deben acordarla para someter la controversia. De hecho, es comúnmente reconocido que “el arbitraje contiene lagunas que pueden o deben ser llenadas por acuerdo de las partes o por una decisión del tribunal, como la ley aplicable, y las Reglas que rigen cuestiones potencialmente determinantes para el resultado relacionadas con la carga de la prueba, las pruebas, la divulgación, el descubrimiento y la participación de terceros”.¹⁴²

¹⁴⁰ Sangiuolo y Simma, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses”.

¹⁴¹ Center for International Legal Cooperation (CILC), *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 8.

¹⁴² Sachs *et al.*, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*.

Por lo tanto, sería necesario garantizar que la elección de la ley por las partes no subvierta intrínsecamente los objetivos del mecanismo.¹⁴³ Esto podría socavar el propósito de las Reglas, ya que la elección de las normas aplicables podría privar a las víctimas de obtener la reparación de los abusos causados por las malas acciones de las empresas.

En este sentido, aunque se ha argumentado que la empresa podría tener obligaciones directas según el derecho internacional de los derechos humanos existentes,¹⁴⁴ el consenso en la literatura académica es que los inversionistas no tienen obligaciones de proteger los DD. HH., en ausencia de una disposición específica en el tratado de inversión que lo exija.¹⁴⁵ Por lo tanto, los tribunales podrían enfrentarse a la imposibilidad de declarar la violación de las obligaciones positivas de los DD. HH.

De acuerdo con los Principios Rectores de las Naciones Unidas de 2011, se espera que las empresas se comprometan explícitamente a cumplir con los DD. HH. declarando su compromiso político de respetarlos.¹⁴⁶ De hecho, el Consejo de Derechos Humanos ha reconocido que las empresas transnacionales y otras empresas tienen la responsabilidad de respetar los DD. HH.,¹⁴⁷ y ha subrayado además, que esta obligación

¹⁴³ Columbia Center on Sustainable Investment, *Drafting Team of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. New York: 2019. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/CCSI-Submission-on-BHR-Arbitration-Elements-Paper.pdf>

¹⁴⁴ López, “Contemporary responses to businesses’ negative human rights impact”.

¹⁴⁵ Fabio Giuseppe Santacroce, “The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes”, *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 34, núm. 1 (2019): 138, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz005>.

¹⁴⁶ Stefan Zagelmeyer, Lara Bianchi y Andrea R Shemberg, “Non-State Based Non-Judicial Grievance Mechanisms (NSBGm): An Exploratory Analysis”, *The University of Manchester, Alliance Manchester Business School*, 2018, 53. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/ARP/ManchesterStudy.pdf>

¹⁴⁷ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Séptima Sesión* (3-28 de marzo de 2008). Nueva York: Naciones Unidas, 2008; Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Decimocuarta Sesión* (31 de mayo–18 de junio de 2010). Nueva York: Naciones Unidas, 2010; Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Decimo séptima Sesión* (30 de mayo–17 de junio de 2011). Nueva York: Naciones Unidas, 2011; Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Decimo novena Sesión* (27 de febrero–23 de marzo de 2012). Nueva York: Naciones Unidas, 2012; Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Vigésima Séptima Sesión* (8-26 de septiembre de 2014). Nueva

opera con independencia del lugar en el que desarrollen su actividad.¹⁴⁸ El Consejo de Derechos Humanos también ha reconocido que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales pueden fomentar el bienestar económico, el desarrollo, la mejora tecnológica y la riqueza, así como causar impactos adversos en los DD. HH.¹⁴⁹ Sin embargo, las obligaciones del Consejo para las empresas son obligaciones negativas que podrían socavar el propósito de arbitrar esas disputas, ya que aún no existen obligaciones positivas bajo el régimen actual.

Adicionalmente, tal y como fue argumentado por Giorgia Sangiuolo y Bruno Simma, autores de las Reglas,¹⁵⁰ desde que fueron publicadas ha habido algunos avances significativos en la comunidad internacional, que favorecen la implementación efectiva de estas. En primer lugar, se ha avanzado en la negociación de un tratado vinculante, conocido como *Binding Treaty*,¹⁵¹ que tiene el objetivo de “aclarar y facilitar la aplicación efectiva de la obligación de los Estados de respetar, proteger, cumplir y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, en particular las de carácter transnacional”.¹⁵² El instrumento, en forma de tratado internacional, responsabilizaría directamente a las empresas,

York: Naciones Unidas, 2014; Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Vigésima Sexta Sesión* (10-27 de junio de 2014). Nueva York: Naciones Unidas, 2014; Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Trigésima Cuarta Sesión* (27 de febrero–24 de marzo de 2017). Nueva York: Naciones Unidas, 2017; Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Trigésima Octava Sesión* (18 de junio–6 de julio de 2018). Nueva York: Naciones Unidas, 2018.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Vigésima Sexta Sesión* (10-27 de junio de 2014). Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

¹⁵⁰ Sangiuolo y Simma, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses”, 4.

¹⁵¹ “Seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights”, www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session7/Pages/Session7.aspx, consultado el 9 January 2022.

¹⁵² “Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, The Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises”, consultado el 17 August 2021, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>

en virtud del derecho internacional, de violar los derechos humanos. El Tratado Vinculante y las Reglas son, por tanto, instrumentos complementarios, así como las Reglas, el Tratado Vinculante está concebido para aplicar los UNGP.

En el mismo sentido, ha habido avances en legislaciones nacionales para abordar las violaciones a DD. HH. cometidas por empresas. Esta legislación, conocida como legislación en Debita Diligencia de DD. HH., requiere que las empresas identifiquen las potenciales violaciones de DD. HH. a las que están expuestas en su operación, los individuos potencialmente afectados, las medidas de mitigación y los remedios en caso de causar daños. La legislación de esta naturaleza ya ha sido adaptada por países como Francia,¹⁵³ Alemania¹⁵⁴ y Países Bajos.¹⁵⁵ A pesar de que las tres legislaciones establecen ciertos umbrales económicos para la aplicación de la ley, con el objetivo de excluir a empresas más pequeñas que no puedan soportar los costes añadidos que conllevan los requisitos de diligencia debida, así como algunas otras limitaciones, esto también es

¹⁵³ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074, available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626>, last accessed 9 January 2022; Céline Da Graça Pires y Daniel Schönfelder, "La Ley de Deber de vigilancia francesa y la Ley Alemana de cadena de suministro: miradas críticas desde la práctica y lecciones aprendidas desde su implementación", in *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, ed. Daniel Iglesias Márquez, Estrella Del Valle Calzada y Maria Chiara Marullo, 1st ed. (Editorial Colex, 2024), <https://doi.org/10.69592/978-84-1194-232-4>.

¹⁵⁴ Da Graça Pires *et al.*, "La Ley de Deber de vigilancia francesa y la Ley Alemana de Cadena de suministro: miradas críticas desde la práctica y lecciones aprendidas desde su implementación"; LexisNexis, "Global Trend Towards Mandatory Human Rights Due Diligence Accelerates as German Law Comes into Force", *LexisNexis International Sales*, consultado el 11 de septiembre de 2024, <https://internationalsales.lexisnexis.com/news-and-events/global-trend-towards-mandatory-human-rights-due-diligence-accelerates-as-german-law-comes-into-force>.

¹⁵⁵ William Fung, Eva Ceca, Lori Ferrell y Audrey Mocle, "Business and Human Rights: The Netherlands to Introduce Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation", *Eye on ESG* (blog), 2021, <https://www.eyonesg.com/2021/12/business-and-human-rights-the-netherlands-to-introduce-mandatory-human-rights-due-diligence-legislation/>; Tara Scally, "Legislación de Debita Diligencia en los Países Bajos", in *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, ed. Daniel Iglesias Márquez, Estrella Del Valle Calzada y Maria Chiara Marullo, 1st ed. (Editorial Colex, 2024), <https://doi.org/10.69592/978-84-1194-232-4>.

un paso hacia la misma dirección y supone un complemento al esfuerzo hecho en las Reglas.

Además, el artículo 46(1) de las Reglas proporciona a los tribunales una amplia flexibilidad en la determinación de las normas aplicables a la controversia: un tribunal puede aplicar “la ley, las reglas de derecho o las normas”, designadas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. A falta de esta selección, pueden aplicar “la ley o las normas jurídicas” que se determinen apropiadas, incluidas las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (artículo 46(2)). Estas disposiciones se han diseñado para conceder la máxima autonomía y flexibilidad a las partes y a el tribunal para decidir sobre disposiciones de distinta naturaleza, incluido el derecho blando (*soft law*), y normatividad de origen internacional o nacional.¹⁵⁶

5. Conclusiones

Las víctimas de violación de derechos humanos por parte de empresas suelen encontrarse en estado de indefensión frente a las complejas estructuras legales de estas, los litigios internacionales altamente costosos, la confidencialidad y los sistemas judiciales ineficientes.¹⁵⁷ Más aun considerando que los litigios sobre DD. HH. entre víctimas y empresas suelen surgir en los países en desarrollo, donde la actividad empresarial puede provocar daños a la población local y al medioambiente del que dependen.¹⁵⁸ Especialmente, debido a que los tribunales nacionales suelen ser

¹⁵⁶ Sangiuolo y Simma, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses”.

¹⁵⁷ Maria Laura Izzo, “A Further Step Towards Business and Human Rights Arbitration. The Hague Rules”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/13/a-further-step-towards-business-and-human-rights-arbitration-the-hague-rules/>.

¹⁵⁸ Julio Prieto y Gabriela Espinoza, “A binding treaty on corporate responsibility: A global solution to address the problem of corporate impunity – lessons learned from Aguinda vc Chevron”, *Homa Publica—Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas* 1, núm. 2 (2017): 5; “Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart—Columbia Center on Sustainable Investment”, accedido 24 de enero de 2020, <http://ccsi.columbia.edu/2019/09/06/saving-the-business-and-human-rights-arbitration-rule-project-put-human-rights-holders-at-the-heart/>.

ineficaces y muchas veces, faltos de transparencia.¹⁵⁹ En este contexto, las víctimas carecen de un acceso efectivo a la justicia con relación a los abusos de DD. HH. relacionados con empresas.¹⁶⁰

En esta perspectiva, sostenemos que el arbitraje se configura como una alternativa con alto potencial en favor de las víctimas, al erigirse como un novedoso medio orientado a dirimir las controversias relacionadas con violaciones de derechos humanos. Este método alternativo de solución de conflictos, que ha sido extensamente adoptado en la resolución de disputas contractuales entre entidades comerciales y reclamaciones interpuestas por inversionistas frente a Estados, con arreglo a los tratados internacionales de inversión,¹⁶¹ presenta una vía de considerable envergadura para la resolución de litigios que podrían quedar sin sanción debido a la ausencia de mecanismos idóneos y eficaces. No obstante, se vislumbra que el arbitraje operaría de manera complementaria a las instancias de jurisdicción nacional o regional preexistentes y de ninguna manera se encaminaría a suplantarse la significativa función desempeñada por dichos mecanismos alternativos. Se parte de la premisa que, si bien el arbitraje no se erige como una solución universal en casos de violaciones de derechos humanos por parte de empresas, esto se debe a las particularidades inherentes de las víctimas involucradas.

Ahora, si bien es cierto que tal como fue abordado en la sección III de este artículo, los tribunales de inversión han abordado cuestiones de DD. HH. en varios casos recientes, ya sea porque el Estado o el inversionista hicieron alegaciones al respecto, el Ciadi no ha abordado directamente la cuestión del acceso de las víctimas a los recursos. También se ha cuestionado la transparencia en estas disputas, la denegación de acceso a la información sobre los casos inversionista-Estado y la incoherencia en la interpretación de las disposiciones del tratado, lo que hace que el proceso de arbitraje de inversiones no sea ideal para abordar las violaciones de los DD. HH.¹⁶²

¹⁵⁹ Alison Berthed, “Arbitration: A new forum for business and human rights disputes?”, *Practical Law Arbitration Blog*, 2017, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/arbitration-a-new-forum-for-business-and-human-rights-disputes/>

¹⁶⁰ Cronstedt y Thompson, “A proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights”, 67.

¹⁶¹ Berthed, “Arbitration: A new forum for business and human rights disputes?”.

¹⁶² Susan Karamanian, “The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration”, *Lewis & Clark Law Review* 17, núm. 2 (2013): 423-447.

De igual forma, el arbitraje comercial no ha sido un mecanismo de solución de controversias diseñado para no resolver las disputas entre las víctimas de derechos humanos y empresas, en esta línea, las normas existentes sobre arbitraje antes de la aparición de las Reglas eran inadecuadas para tratar las disputas de DD. HH.¹⁶³ Por ello, las Reglas se enfrentan a múltiples retos, principalmente porque el arbitraje comercial ha existido para abordar y salvaguardar los intereses de las empresas, y no para ofrecer una reparación a las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas.

Las Reglas tienen la potencialidad de transformar y adaptar las instituciones existentes para atender a la necesidad de remedios efectivos por parte de víctimas de abusos corporativos,¹⁶⁴ ya que conserva los elementos positivos de este mecanismo e introduce cambios para evitar algunos de los problemas que podrían surgir en relación con los DD. HH., como la falta de voluntad, los altos costos, las barreras procesales o la desigualdad entre las partes.

Sin embargo, no hay que perder de vista que, para cumplir sus objetivos, las Reglas no son suficientes por sí mismas. En primer lugar, es necesario garantizar un proceso que permita a las partes elegir el árbitro adecuado con experiencia en arbitraje comercial y derechos humanos, ya que muchas de las soluciones previstas por las Reglas a los problemas de arbitraje son presentadas como alternativas para que el tribunal las apruebe. Si los árbitros no optan por dichas alternativas para adaptar el proceso a los casos de DD. HH., el arbitraje seguirá siendo un foro exclusivo para empresas, que privan a las víctimas de DD. HH. de las ventajas de este mecanismo. Los árbitros, por lo tanto, están llamados a manejar las disputas de derechos humanos con la experiencia que es escasa,¹⁶⁵ pues los árbitros comerciales no suelen tener ni la experiencia ni la sensibilidad

¹⁶³ Berthed, “Arbitration: A new forum for business and human rights disputes?”.

¹⁶⁴ Cronstedt y Thompson, “A proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights”, 67.

¹⁶⁵ Bruno Simma *et al.*, International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Elements for Consideration In Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process, Ctr. for Int’l Legal Cooperation (Nov., 2018), at 8-9 [hereinafter Elements Paper], https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf

hacia los asuntos de derechos humanos para que las víctimas se sientan cómodas acudiendo a un tribunal de arbitraje.¹⁶⁶

En segundo lugar, a medida que se adaptan las Reglas de arbitraje para abordar eficazmente las cuestiones relacionadas con los derechos humanos, resulta imperativo desarrollar normas o interpretaciones sustanciales de las disposiciones existentes que faculten a los tribunales de arbitraje para asignar responsabilidades en materia de derechos humanos a las empresas transnacionales. Las normas internacionales de derechos humanos siguen enfocándose principalmente en los Estados, por lo tanto, los tribunales de arbitraje se resisten a aplicarlas a las empresas transnacionales, como se evidenció en el caso *Urbaser vs. Argentina*.¹⁶⁷ En consecuencia, aun cuando las Reglas sean aprobadas e incorporadas en tratados y contratos de inversión, los tribunales deben iniciar un proceso de reinterpretación de las normas internacionales de derechos humanos existentes y abandonar su enfoque centrado exclusivamente en los Estados. Asimismo, los Estados deben fomentar el desarrollo de una obligación de derechos humanos más clara para las empresas transnacionales, aplicable independientemente de su nacionalidad.¹⁶⁸

En tercer lugar, un complemento necesario a las Reglas son los nuevos tratados de inversión o de comercio internacional, por varias razones. Una de ellas es que estos tratados pueden contener cláusulas que obliguen a las empresas a someterse a tribunales de arbitraje que apliquen las Reglas para resolver problemas relacionados con derechos humanos, y así no depender exclusivamente de la voluntad de la empresa. Otro motivo es que estos tratados deben incorporar directamente obligaciones en materia de derechos humanos para las empresas, y así evitar la interpretación amplia y controvertida de fuentes jurídicas internacionales existentes que fueron creadas pensando en el Estado y no en las empresas.

¹⁶⁶ Bruno Simma *et al.*, International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Elements for Consideration In Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process, Ctr. for Int'l Legal Cooperation (Nov., 2018), at 8-9 [hereinafter Elements Paper], https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf

¹⁶⁷ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. La República de Argentina*, Caso del Ciadi No. ARB/07/26 (8 de diciembre de 2016), par. 1210.

¹⁶⁸ López, "Contemporary responses to businesses' negative human rights impact", 355.

Lo fundamental que deben tener en cuenta tanto los Estados como las empresas, es que el objetivo común es la consecución de un desarrollo sostenible a través de una inversión extranjera respetuosa con los derechos humanos. Por lo tanto, las empresas que han cometido abusos de los derechos humanos deben rendir cuentas de sus actos y las víctimas de los derechos humanos relacionados con las empresas deben obtener los recursos adecuados, pues sin justicia, el desarrollo parece un cuento de hadas.

Referencias

- Baaij, Andi. "The Potential of Arbitration as Effective Remedy in Business and Human Rights: Will the Hague Rules be Enough?". *Business and Human Rights Journal* 7, núm. 5 (2022): 271-290. <https://doi.org/10.1017/bhj.2021.36>
- Benton, Gary. "International Business Disputes: Should My Company Use International Arbitration?". Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2014. <https://svamc.org/cross-border-business-disputes-company-use-international-arbitration/>.
- Berthed, Alison. "Arbitration: A new forum for business and human rights disputes?". Practical Law Arbitration Blog, 2017. <http://arbitrationblog.practicallaw.com/arbitration-a-new-forum-for-business-and-human-rights-disputes/>.
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, Martin Dietrich Brauch y Stefanie Schacherer. *International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s*. Winnipeg: IISD, 2018.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International B.V., 2009.
- Center for International Legal Cooperation (CILC). *Report, Launch Symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. La Haya, Holanda, 2019. 8-9. https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/02/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_Launch-Report.pdf.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Reglas y Reglamentos del CIADI*, 2006.
- Columbia Center on Sustainable Investment. "Elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the

- arbitral process". 2019. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/CCSI-Submission-on-BHR-Arbitration-Elements-Paper.pdf>.
- Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). *Submission on the Draft Elements Paper on Business and Human Rights Arbitration*. New York: CCSI, 2018. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/CCSI-Submission-on-BHR-Arbitration-Elements-Paper.pdf>.
- Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). *Drafting Team of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. New York: 2019. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/CCSI-Submission-on-BHR-Arbitration-Elements-Paper.pdf>
- Colmegna, Pablo Damián. "Límites a la política económica internacional emanados de los tratados de derechos humanos: la experiencia de América Latina". *Revista de Derecho Económico* 80, núm. 2 (December 31, 2023): 65–88. <https://doi.org/10.5354/0719-7462.2023.72233>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. "La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe aumentó un 55,2% en 2022, alcanzando su máximo valor histórico", 2023. <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-aumento-un-552-2022-alcanzando-su>.
- Crockett, Antony y Marco de Sousa. "Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?". *Asian Dispute Review* 20, núm. 3 (2018). <https://www.asiandr.com/>.
- Cronstedt, Claes, Jan Eijbsbouts, Adrienne Margolis, Martijn Scheltema y Robert Thompson. "International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward". *Kluwer Arbitration Blog*, 2017. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>.
- Cronstedt, Claes y Robert Thompson. "A proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights". *Harvard International Law Journal online symposium* 57, núm. 2 (2016): 66-69.
- Da Graça Pires, Céline, y Daniel Schönfelder. "La Ley de Deber de Vigilancia Francesa y la Ley Alemana de Cadena de Suministro: miradas críticas desde la práctica y lecciones aprendidas desde su implementación". En *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, editado por Daniel Iglesias Márquez, Estrella Del Valle Calzada y

- Maria Chiara Marullo, 1a ed. Editorial Colex, 2024. <https://doi.org/10.69592/978-84-1194-232-4>.
- Darrow, Mac y Louise Arbour. The Pillar of Glass: Human Rights in the Development Operations of the United Nations". *The American Journal of International Law* 103, núm. 3 (2009): 446-501.
- Drahozal, Cristopher R y Stephen J Ware. "Why Do Businesses Use (or Not Use) Arbitration Clauses?". *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 25, núm. 2 (2010). <https://ssrn.com/abstract=1401600>.
- Doe, Martin, Katerina Yannabis y Steve Ratner. "Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Public Consultation on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration". *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/27/arbitrating-business-and-human-rights-disputes-public-consultation-on-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>.
- Dolzer, Rudolf y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2009, 46.
- Dupuy, Pierre-Marie, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni, eds. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Eastwood, Sam, James Ford, Libby Reynolds y Malcolm Wu. "Business and Human Rights — The Netherlands to Introduce Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation". Mayer Brown, 2021. <https://bit.ly/4cqzyYX>.
- Echaide, Javier. "Efectividad de los derechos humanos y sociales en jaque: arbitrajes de inversiones en el marco del COVID-19". *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, núm. 51 (December 28, 2021): 092–092. <https://doi.org/10.24215/25916386e092>.
- Equipo redactor de las Reglas de La Haya sobre Arbitraje en Negocios y Derechos Humanos. "Elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the arbitral process", 2018. https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf.
- Francioni, Francesco. "Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law". *European Journal of International Law* 20, núm. 3 (2009): 729-747.

- Fung, William, Eva Ceca, Lori Ferrell, and Audrey Mocle. "Business and Human Rights: The Netherlands to Introduce Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation". Eye on ESG (blog), December 16, 2021. <https://www.eyonesg.com/2021/12/business-and-human-rights-the-netherlands-to-introduce-mandatory-human-rights-due-diligence-legislation/>.
- García, Elena de Luis. "Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los Derechos Humanos". *Themis Revista de Derecho*, núm. 77 (December 21, 2020): 505–515. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.028>.
- Gaukrodger, David. "Business responsibilities and investment treaties". *OECD Working Papers on International Investment*, núm. 02 (2021), 18. <https://doi.org/10.1787/4a6f4f17-en>.
- Gos, Tatiana. "La 'responsabilidad de respetar' los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: Desafíos y oportunidades en las Américas". *American University International Law Review* 32, núm. 4 (2016): 859-893. <https://bit.ly/341gj7L>
- Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. "National Action Plans on Business and Human Rights. Guiding Principle 31", 2017. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf.
- Hirsch, Moshe. "Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths". En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni, 97-114. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). *Annual Report 2020*. Washington, D.C.: ICSID, 2020. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). *2020 Annual Report: Excellence in Investment Dispute Resolution*. September 21, 2020. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf
- Izzo, Maria Laura. "A Further Step Towards Business and Human Rights Arbitration — The Hague Rules". *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/13/a-further-step-towards-business-and-human-rights-arbitration-the-hague-rules/>.

- Johnson, L., and Stefanie Schacherer. "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s." Winnipeg: IISD, 2018. <https://www.iisd.org/publications/report/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2010s>.
- Karamanian, Susan L. "The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration". *Lewis & Clark Law Review* 17, núm. 2 (2013): 423-447.
- Khandrimaylo, Victoria. "Tribunal finds Costa Rica's measures to protect the environment did not breach FET or its expropriation obligations under CAFTA-DR". *Investment Treaty News*, 2018. <https://www.iisd.org/itn/en/2018/12/21/tribunal-finds-costa-ricas-measures-to-protect-the-environment-did-not-breach-fet-or-its-expropriation-obligations-under-cafta-dr-victoria-khandrimaylo/>.
- Knoll-Tudor, Ioana. "The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms". En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni, 310-343. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Latham & Watkins. "Guide to International Arbitration", 2014. <https://www.lw.com/admin/Upload/Documents/Guide-to-International-Arbitration-May-2014.pdf>.
- Langford, Malcom, Daniel Behn y Laura Letourneau-Tremblay. "Investment Arbitration and Its Discontents: An Empirical Assessment". *Blog of the European Journal of International Law*, 2019. <https://www.ejiltalk.org/investment-arbitration-and-its-discontents-an-empirical>.
- LexisNexis. "Global Trend Towards Mandatory Human Rights Due Diligence Accelerates as German Law Comes Into Force". *LexisNexis*, 2023. <https://bit.ly/4eEI6NY>.
- López, Andrés. "Contemporary responses to businesses' negative human rights impact". *Revista de Direito Internacional* 17, núm. 1 (2020): 341-49. <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6162>.
- Mann, Howard. "Methanex v. United States." *Investment Treaty News*, October 18, 2018. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/methanex-v-united-states/> (consultado el 12 de junio de 2024).
- Márquez, Daniel Iglesias. "Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas". *Anuario de Derechos Humanos* 16, núm. 2 (December 31, 2020): 347-79. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.57394>.

- McGregor, Lorna. "Activating the Third Pillar of the UNGPs on Access to an Effective Remedy". *Blog of the European Journal of International Law*, 2018. <https://www.ejiltalk.org/activating-the-third-pillar-of-the-ungps-on-access-to-an-effective-remedy/>.
- McLachlan, Campbell, Matthew Weiniger y Laurence Shore. *International investment arbitration: substantive principles*. 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Mendez, Julio y Gabriela Plua. "A Binding Treaty on Corporate Responsibility: A Global Solution to Address the Problem of Corporate Impunity — Lessons Learned from Aguinda vs Chevron". *International Journal on Human Rights and Business I*, núm. 02 (2017). <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30545>.
- Muñoz-Duque, Luz, Margarita Pérez y Angie Betancur. "Despojo, conflictos socioambientales y violación de derechos humanos. Implicaciones de la gran minería en América Latina". *Revista U.D.C.A Actualidad & Divulgación Científica* 23, núm. 1 (2020). <https://doi.org/10.31910/rudca.v23.n1.2020.988>.
- Michaels, Ralf. "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments". En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty_scholarship.
- Miccioli, Gloria. "International Commercial Arbitration." 2001. Disponible en: https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_ARB.pdf (consultado el 12 de junio de 2024).
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. "Business and human rights: improving accountability and access to remedy". A/HRC/RES/38/13, 6 de julio de 2018.
- Naciones Unidas, Asamblea General. "Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas". A/72/162, 18 de julio de 2017.
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. "Resolutions and decisions OHCHR and business and human rights". Consultado el 12 de junio de 2024. <https://www.ohchr.org/en/business-and-human-rights/resolutions-and-decisions>.
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. "Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, The Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises", 2021. <https://www.ohchr.org/sites/>

- default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf.
- Naciones Unidas. “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”. 2011. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- Peters, Anne. “The refinement of International Law: From fragmentation to regime interaction and politicization”. *International Journal of Constitutional Law* 15, núm. 3 (2017): 671-704. <https://doi.org/10.1093/icon/mox056>.
- Pillar. “Access to Remedy”. *Shift Project Blog*, 2020. <https://www.shiftproject.org/resources/remedy/>.
- Polanco, Rodrigo y Rodrigo Mella. “Chapter 2 Investment arbitration and human rights cases in Latin America”. En *Research Handbook on Human Rights and Investment*, editado por Yannick Radi, 41-92. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018.
- Reiner, Clara y Christoph Schreuer. “Human Rights and International Investment Arbitration”. En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni, 82-96. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles. “El libre comercio a la luz de los derechos humanos. Caso: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)”. *Ius Comitiālis* 1, núm. 1 (2018): 151-160. <http://portal.amelica.org/ameli/journal/137/1371249011/>.
- Ruggie, John. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. New York: W. W. Norton & Company, 2013.
- Ruggie, John. “Multinationals as global institutions: Power, authority and relative autonomy”. *Regulation & Governance* 12, núm. 3 (2017).
- Sachs, Lisa, Lise Johnson, Katlin Cordes, Jesse Coleman y Brooke Guven. “Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart”. *Columbia Center on Sustainable Investment*, 2019. <https://ccsi.columbia.edu/news/saving-business-and-human-rights-arbitration-rule-project-put-human-rights-holders-heart>.
- Sangiulolo, Giorgia y Bruno Simma. “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses”. *Southwestern Journal of International Law* 28, núm. 2 (2022). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4152404>.

- Santacroce, Fabio Giuseppe. "The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes". *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 34, núm. 1 (2019). <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz005>.
- Scally, Tara. "Legislación de Debida Diligencia en los Países Bajos". En *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, editado por Daniel Iglesias Márquez, Estrella Del Valle Calzada, y Maria Chiara Marullo, 1a ed. Editorial Colex, 2024. <https://doi.org/10.69592/978-84-1194-232-4>.
- Schacherer, Stefanie. *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*. Winnipeg: IISD, 2018.
- Simma, Bruno, et al. *International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Elements for Consideration in Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process*. Center for International Legal Cooperation. November 2018. Disponible en: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf.
- Simma, Bruno, Diane Desierto, Martin Doe Rodriguez, Jan Eijbouts, Ursula Kriebaum, Pablo Lumerman, Linda Green, et al. *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. Center for International Legal Cooperation. November 2018. https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf.
- Skinner, Gwynne, Robert McCorquodale y Olivier De Schutter. "The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business", 2013. https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/04/the_third_pillar_access_to_judicial_remedies_for_human_rights_violation.-1-2.pdf.
- Stanaro, K. "The Evolving Role of Human Rights in International Arbitration." *Columbia Arbitration Law Review*. Disponible en: <https://aria.law.columbia.edu/the-evolving-role-of-human-rights-in-internationalarbitration/?cnreloaded=1>.
- Tantalean, Iván. "La naturaleza de la empresa: su teleología desde las Ciencias de la Administración, el Derecho y la Economía", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 52, núm. 136 (2022): 262-287.

- Thompson, Robert. "International Arbitration of Business and Human Rights Disputes—Answers to Key Questions". *Institute for Human Rights and Business*, 2017. <https://www.ihrb.org/other/remedy/international-arbitration-answers-to-key-questions>.
- Van Roosmalen, Thomasina. "The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration". *Linklaters Blog*, 2020. <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/arbitrationlinks/2020/january/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration>.
- Victorian Bar. "Commercial Arbitration". Consultado el 12 de junio de 2024. <https://www.vicbar.com.au/public/adr/commercial-arbitration>.
- Vidak-Gojkovic, Emma, Cherie Blair y Marie-Anaïs Meudic-Rol. "The Medium Is the Message: Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration". *Journal of International Arbitration* 35, núm. 4 (2018): 379-412.
- Vietnam International Arbitration Center (VIAC). "Annual report in 2021". Consultado el 12 de junio de 2024. <https://vietnamarbitration.org/2021/>.
- United Nations. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt_ph_s.pdf
- Watt, Horatia Muir. "The Contested Legitimacy of Investment Arbitration and the Human Rights Ordeal: The Missing Link". En *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, editado por Walter Mattli y Thomas Dietz, 214-240. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Wheeler, Sally. "Global production, CSR and human rights: the courts of public opinion and the social licence to operate". *The International Journal of Human Rights* 19, núm. 6 (2015): 757-778. <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1016712>.
- Yiannibas, Katerina. "International Arbitration & the Remedy Gap for Victims of Business-Related Human Rights Abuses". GroJIL- blog, 2018. <https://grojil.org/2018/11/06/international-arbitration-the-remedy-gap-for-victims-of-business-related-human-rights-abuses/>.
- Zagelmeyer, Stefan, Lara Bianchi y Andrea R Shemberg. "Non-State Based Non-Judicial Grievance Mechanisms (NSBGM): An Exploratory Analysis". The University of Manchester, Alliance Manchester Business School, 2018. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/ARP/ManchesterStudy.pdf>.

Normatividad

Convenio del Ciadi, 14 de octubre de 1966.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adoptada el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor el 27 de enero de 1980. *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, 331. Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, 8 de marzo de 2018.

Ley N° 2017-399, Francia (27 de marzo de 2017), relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1).

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Séptima Sesión (3-28 de marzo de 2008)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2008.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Decimocuarta Sesión (31 de mayo–18 de junio de 2010)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Decimoséptima Sesión (30 de mayo–17 de junio de 2011)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2011.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Decimonovena Sesión (27 de febrero–23 de marzo de 2012)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2012.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Vigésima Séptima Sesión (8-26 de septiembre de 2014)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Vigésima Sexta Sesión (10-27 de junio de 2014)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Trigésima Cuarta Sesión (27 de febrero–24 de marzo de 2017)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Consejo de Derechos Humanos: Trigésima Octava Sesión (18 de junio–6 de julio de 2018)*. Nueva York: Naciones Unidas, 2018.

Casos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, 15 de julio de 2020.

David Aven y otros v. La República de Costa Rica. Caso del Ciadi No. UNCT/15/3 (18 de septiembre de 2018).

Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay. Caso del Ciadi No. ARB/10/7 (8 de julio de 2016).

Phoenix Action, LTD. v. The Czech Republic. Caso del Ciadi No. ARB/06/5 (15 de abril de 2009).

Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia. Caso del Ciadi No. ARB/18/12 (28 de febrero de 2024).

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V v. Republic of Turkey. Caso del Ciadi No. ARB/11/28 (30 de diciembre de 2015).

Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. La República de Argentina. Caso del Ciadi No. ARB/07/26 (8 de diciembre de 2016).

Andrés Felipe López Latorre, LL.B., LL.M., J.S.D.,
María Camila Ospina Navarro, LL.B., LL.M.