

**FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY**

LICENCIATURA EN DERECHO



ARBITRAJE EN CASOS DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS: EXAMEN
DE SUS BENEFICIOS Y COMPLICACIONES.

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

SYLVIA ELENA DÁVILA ARSUAGA

SANTA CATARINA, N.L.

NOVIEMBRE, 2022

Con dedicatoria especial para mi familia: mi papá, mi mamá y mis tres hermanos. Gracias por siempre acompañarme en mis locuras.

A su vez, agradezco de corazón abierto a mis amistades, cada una de ustedes ha sido un pilar esencial para que día con día siga persiguiendo mis sueños.

A mis compañeras y compañeros de generación, maestras, maestros, mentores y mentoras, gracias por siempre tener los consejos adecuados para mantenerme con los pies en la tierra, pero siempre avanzando.

RESUMEN

En este trabajo se analiza la eficacia del arbitraje para resolver conflictos sobre supuestas violaciones a derechos humanos por parte de empresas. Características como la flexibilidad del arbitraje, su imparcialidad, la especialidad de las personas que lo resuelven y su rapidez, presentan una solución a las particularidades que involucra la reparación efectiva de una violación de derechos humanos. Derivado del gran poder e influencia con que cuentan las empresas multinacionales a la fecha, el presente trabajo pretende delimitar los beneficios y complicaciones del arbitraje como un mecanismo que puede desincentivar la comisión de violaciones a derechos humanos por parte de empresas, ofreciendo un método a través del cual se pueda lograr la rendición de cuentas de las empresas, a pesar de las deficiencias legislativas en los distintos países y en el marco internacional.

Palabras clave: derechos humanos, empresas, arbitraje, reparación efectiva.

ABSTRACT

This paper analyzes the effectiveness of arbitration in business and human rights disputes. Characteristics of arbitration such as its flexibility, impartiality, the expertise of the arbitrators and its speed, present a solution to the particularities involved in achieving effective remedy of human rights violations. Given the great power and influence that multinational corporations currently wield, this paper seeks to delimit the benefits and complications of arbitration as a mechanism that can discourage the commission of human rights violations by corporations, offering a method through which corporate accountability can be achieved, despite of the legislative deficiencies in the different countries and the international framework.

Key words: human rights, business, arbitration, effective remedy.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Página 6
CAPÍTULOS	
I. ARBITRAJE.	9
A. Concepto.	9
B. Acuerdo arbitral.	10
C. Clasificación.	11
D. Procedimiento arbitral.	12
E. Ejecución del laudo arbitral.	13
II. DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS.	15
A. Eficacia horizontal de los derechos humanos.	16
B. Marco regulatorio de derechos humanos y empresas.	19
1. <i>Soft law</i> : Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.	19
a. Antecedentes.	19
b. Naturaleza y objetivos.	20
c. Contenido.	21
d. ¿Rumbo a un tratado?	23
2. Las complicaciones para imputar responsabilidad a las empresas, por violaciones a derechos humanos.	24
a. En relación con el derecho internacional público.	24
b. En relación con la legislación de cada Estado.	26
C. Mecanismos de reparación y restitución.	30
D. Violaciones a derechos humanos por parte de empresas.	33
III. ARBITRAJE EN CONFLICTOS DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS.	37
A. Arbitrabilidad de las controversias por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas.	38
B. Formación del acuerdo arbitral.	42
C. Las Reglas de la Haya en Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos.	46
1. Antecedentes.	46
2. Objetivos.	50
3. Particularidades y diferencias en comparación con el arbitraje tradicional.	53

a.	Asimetría.	55
b.	Interés público y derechos humanos.	57
c.	Transparencia.	59
d.	Especialidad.	60
e.	Herramientas procedimentales.	61
D.	El arbitraje como medio de solución de conflictos en casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.	62
1.	Beneficios.	62
a.	Compatibilidad con los derechos humanos.	63
b.	Flexibilidad del procedimiento.	64
c.	Compensación de asimetrías.	67
d.	Especialidad en el estudio y la resolución.	68
e.	Reducción de costos.	68
2.	Complicaciones.	69
a.	Difícil acceso.	69
b.	Dificultades en la ejecución: reserva comercial.	69
c.	Dificultades en el pacto de derecho aplicable.	70
d.	Arbitrariedad del tribunal arbitral.	71
e.	Dudas respecto de la arbitrabilidad.	71
f.	Altos costos.	72
g.	Abusos en el acuerdo arbitral por la asimetría entre las partes.	72
h.	Regulación local desfavorable.	73
i.	Lagunas en casos de litisconsorcio.	73
	CONCLUSIONES	75
	BIBLIOGRAFÍA	80

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo realizaremos un estudio del arbitraje en materia de derechos humanos y empresas, con la finalidad de analizar sus beneficios y áreas de oportunidad.

En virtud de los altos índices de corrupción y bajos niveles de eficacia de los tribunales estatales de los países en vías de desarrollo, se vuelve relevante analizar el arbitraje como una posible respuesta a los problemas que representa ventilar casos de presuntas violaciones a derechos humanos en los tribunales jurisdiccionales de cada país.

En 2017, se formó un grupo de trabajo con la finalidad de analizar las particularidades que se requerirían en un arbitraje por conflictos de derechos humanos y empresas, a diferencia de un arbitraje tradicional. Lo anterior, en virtud de que en el derecho internacional privado, el arbitraje es un método común para la solución de conflictos comerciales al que acuden las empresas. No obstante, al analizarse su viabilidad en casos de derechos humanos, se entra inevitablemente en el derecho público, lo que conlleva que existan particularidades específicas y diferentes al arbitraje comercial que, de reglamentarse, impulsarían la efectividad del arbitraje en casos de derechos humanos y empresas.

Así, por ejemplo, se discutió la admisibilidad de terceros como parte, la posibilidad de que varios casos sobre un mismo tema o conflicto se lleven en un solo arbitraje, la transparencia de la información, la celeridad del procedimiento para garantizar la reparación del daño de la víctima y/o aminorar el impacto en la reputación de la empresa, según sea el caso, etcétera.

En 2019, se lanzaron las Reglas de La Haya en Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos (también referidas como las “Reglas”) las cuales se basan en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (también referida como “CNUDMI” o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés), pero están hechas pensando escenarios de conflictos de derechos humanos.

Como la opción de un arbitraje especializado para conflictos de derechos humanos y empresas es muy novedosa, este trabajo ayudará a comprender los beneficios y las

complicaciones del arbitraje en casos de presuntas violaciones a derechos humanos por parte de empresas, a través de un análisis de las Reglas.

Así, el presente trabajo pretende ser un instrumento que delimite las ventajas y desventajas de acudir a un mecanismo alterno de resolución de conflictos para los casos en los que se alegue que las empresas han violado derechos humanos, bajo el entendido de que las cuestiones penales no serían el objeto de la litis en los arbitrajes que aquí se analizan.

Esto permitiría que: (i) las empresas consideren los beneficios de facilitar el arbitraje para este tipo de situaciones y (ii) las víctimas de violaciones a derechos humanos tengan herramientas para elegir el medio de solución de conflictos que mejor les funcione, de acuerdo con sus circunstancias específicas, para alcanzar la reparación efectiva del daño.

En cuanto a la metodología, el presente trabajo tendrá un enfoque normativo, toda vez que se analizará el marco jurídico internacional del arbitraje y de la materia de derechos humanos y empresas, para determinar si bajo el mismo, el arbitraje puede ser una herramienta novedosa para resolver los casos de derechos humanos y empresas y alcanzar una reparación efectiva del daño.

Para lograr lo anterior, en el primer capítulo se expondrá en qué consiste el arbitraje, las particularidades del acuerdo arbitral, las clasificaciones comunes del arbitraje, cuestiones generales a considerar en el procedimiento arbitral y finalmente la ejecución de los laudos arbitrales, lo cual permitirá aportar una visión general del método de solución de conflictos que se analiza.

Posteriormente, en el segundo capítulo se abordará el tema de derechos humanos y empresas analizando la eficacia horizontal de los derechos humanos, teoría que reconoce la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. Asimismo, en este capítulo se estudiará de forma general el marco regulatorio en materia de derechos humanos y empresas, dedicando un apartado a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, instrumento de *soft law*¹ que aborda los conceptos clave a considerar en la materia, y otro apartado a las complicaciones para imputar responsabilidad a las empresas por

¹ Entendiendo como *soft law* al conjunto de normas internacionales que no tienen fuerza vinculante pero que contienen principios fundamentales o mecanismos guía generalmente aceptados por la comunidad internacional.

violaciones a derechos humanos, derivadas del derecho internacional público, y de las regulaciones locales en cada Estado. En el segundo capítulo también se explicarán los elementos a tomar en cuenta para lograr una reparación efectiva en las violaciones a derechos humanos y, por último, se expondrá una visión general de la problemática que representa la implementación y aplicación de la regulación en materia de derechos humanos y empresas por parte de los Estados, para prevenir y, en su caso, sancionar y reparar las violaciones respectivas.

Hecho lo anterior, en el tercer capítulo se abordará el tema del arbitraje en materia de derechos humanos y empresas, analizando cuestiones como la arbitrabilidad de este tipo de controversias y la viabilidad de la formación del acuerdo arbitral. Adicionalmente, se llevará a cabo un análisis de las Reglas, sus antecedentes, objetivos y sus particularidades y diferencias en comparación con el arbitraje tradicional. Finalmente, se expondrán los beneficios y las complicaciones del arbitraje como medio de solución de conflictos en casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Capítulo I

ARBITRAJE

*“El arbitraje ha sido aceptado por la comunidad mercantil como el medio preferente para la solución internacional de controversias económicas”*². Según Pereznieto, una de las razones por las que las partes prefieren el arbitraje sobre los tribunales nacionales es que los procedimientos en tribunales se vuelven largos y complejos, por lo que se pierde mucho dinero³. Además, se valora que el tercero que resuelve el conflicto sea experto en la materia respecto de la cual versa, pues sólo así puede captar el panorama completo en el que se encuentran las partes.

En el presente capítulo se expondrán los conceptos fundamentales para comprender el arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos. Así, se abordará su definición, para después describir las particularidades del acuerdo arbitral. Además, se mencionarán las clasificaciones del arbitraje que para efectos del presente se consideran relevantes, se expondrán las cuestiones principales del procedimiento arbitral y finalmente se hará referencia a la forma de ejecución del laudo arbitral. Lo anterior con la finalidad de que las y los lectores comprendan en qué consiste el arbitraje y puedan posteriormente analizar su viabilidad como un medio de solución de conflictos en materia de derechos humanos y empresas.

A. CONCEPTO.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias. Esto implica que es una opción diversa al mecanismo tradicional: los tribunales estatales. A diferencia de la mediación o la conciliación en las que *“un tercero asiste a las partes a resolver una controversia”*⁴, el arbitraje es un mecanismo adversarial. Esto quiere decir que las partes no

² González de Cossío, Francisco. **Arbitraje**. 2ª edición. México, Porrúa, 2004/2008. P. 2.

³ Pereznieto Castro, Leonel y otros. **Arbitraje Comercial Internacional**. México, Distribuciones Fontamara, 2000. P. 7.

⁴ González de Cossío, Francisco. Ob. cit. P. 26.

trabajan en conjunto para intentar llegar a un acuerdo, sino que se encuentran en posiciones opuestas, que defienden a lo largo del procedimiento arbitral. La o el árbitro es el tercero que participa en el arbitraje y su función es resolver la controversia. La decisión de la o el árbitro se expresa en un laudo, mismo que es vinculante para las partes. Lo anterior implica que las partes se encuentran obligadas a cumplirlo.

Ahora bien, *“para que exista el arbitraje, debe existir un marco regulatorio que controle y brinde efectividad al arbitraje en un plano tanto nacional como internacional”*⁵. Esto quiere decir que el arbitraje se debe encontrar regulado y permitido en la legislación de cada Estado. No obstante, la CNUDMI ha elaborado un marco jurídico que propone la regulación unificada a adoptar por los Estados en materia de arbitraje. Lo anterior, con la finalidad de simplificar la regulación de los procedimientos arbitrales y la implementación de los mismos a nivel internacional.

En suma, González de Cossío establece cuatro elementos con los que considera debe contar todo procedimiento que se titule como arbitraje: *“(1) la existencia de una controversia; (2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; (3) que la decisión es final (no sujeta a apelaciones); y (4) que la decisión es vinculatoria (no sugestiva)”*⁶.

B. ACUERDO ARBITRAL.

Para iniciar un arbitraje, es presupuestal que exista el consentimiento de las partes para resolver sus disputas en arbitraje. De esta manera, la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje, por lo que *“solo puede ponerse en movimiento el procedimiento si las partes han dado previamente su consentimiento para que la controversia se resuelva por este medio”*⁷.

⁵ Ídem. P. 2.

⁶ Ídem. P. 19.

⁷ Pereznierto Castzo, Leonel y otros. Ob. cit. P. 16.

Ahora bien, la voluntad de las partes de someter una disputa a arbitraje puede manifestarse en dos momentos distintos: (i) ya sea que las partes de antemano establezcan que la resolución de ciertas disputas que puedan surgir entre las mismas sea sometida a arbitraje, (ii) o, que, una vez surgida la problemática, las partes decidan que desean someter a arbitraje esa controversia en específico.

El acuerdo independiente de someter una disputa a arbitraje se denomina “compromiso”. Por otro lado, la cláusula contenida en un contrato, a través de la cual se pacta el arbitraje como método de solución de conflictos, se conoce como la “cláusula compromisoria”.

Ahora bien, “*el compromiso arbitral es un acto privado en que rige la autonomía de la voluntad, pero por lo mismo está también sujeto a los límites de dicha autonomía*”⁸. De esta manera, las legislaciones de cada Estado contemplan los límites que se deben tomar en cuenta al someter una disputa a arbitraje, las causales de nulidad de los acuerdos arbitrales, etcétera.

En cuanto a la cláusula arbitral, cabe resaltar que la misma es considerada como independiente y autónoma del contrato en el que se encuentre. Esto implica que la nulidad del contrato no acarrea la nulidad de la cláusula arbitral. Lo anterior, con la finalidad de evitar escenarios de círculos viciosos que hagan inoperante el arbitraje y la voluntad de las partes de someter la resolución de sus disputas al mismo.

C. CLASIFICACIÓN.

Existen diversas clasificaciones del arbitraje. Sin embargo, se expondrán las que se consideran más relevantes para efectos del presente trabajo.

Según su objeto, el arbitraje suele clasificarse como comercial, de inversión o de derecho público. En el primero participan dos o más comerciantes que se encuentran en una relación de coordinación, mientras que el segundo se lleva a cabo entre inversionistas

⁸ Ídem. P. 17.

extranjeros y Estados de acogida, con la finalidad de demandar a los Estados por incumplimientos que impacten la inversión extranjera. En cuanto al arbitraje de derecho público, el mismo se entabla entre Estados y suele preverse en tratados internacionales como medio de resolución de conflictos⁹.

Según las partes que intervienen, el arbitraje puede ser de dos partes, o multipartes.

Según su alcance, puede ser nacional o internacional¹⁰.

Según la forma de administración del procedimiento arbitral, el arbitraje puede ser institucional o *ad hoc*. Cuando el arbitraje es institucional, el procedimiento comúnmente se rige de conformidad con las reglas que establezca la institución arbitral elegida para administrar el procedimiento. Por otro lado, en el arbitraje *ad hoc* no se cuenta con una institución administradora, por lo que las partes marcan la pauta y determinan las reglas procedimentales que regirán el arbitraje, pudiendo elegir entre un reglamento de arbitraje existente, o diseñar las reglas desde cero¹¹. Para estos casos, cabe resaltar que el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL se creó como resultado de “*la creciente necesidad de contar con reglas arbitrales neutrales que fueran apropiadas para arbitrajes Ad Hoc*”¹².

Finalmente, según el fundamento con base en el cual se resolverá el conflicto, el arbitraje puede ser de derecho o de equidad. En el arbitraje de derecho, la o el árbitro o el tribunal arbitral resuelven la disputa con base en normas jurídicas. Así, se determina si alguna de las partes cumplió o incumplió con sus obligaciones derivadas del derecho aplicable. Por el contrario, en el arbitraje de equidad la o el árbitro o el tribunal arbitral deciden como “amigables compondores”, con “conciencia” o con base en la “justicia”. Así, en este tipo de arbitraje las partes dejan al arbitrio del tribunal, la definición de estos conceptos y la resolución del caso, sin que la misma se base en reglas de derecho.

D. PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

⁹ García González, Alejandro y otros. **Derecho Internacional Privado y Derecho del Arbitraje Comercial Internacional**. México, Tirant Lo Blanch, 2021. P. 322.

¹⁰ Ídem. P. 323.

¹¹ Ídem. P. 322.

¹² González de Cossío, Francisco. Ob. cit. P. 10.

En el desarrollo del procedimiento arbitral “*el acuerdo de las partes prevalece, y si no se ha manifestado, el árbitro resuelve, con respecto al espíritu del compromiso, dentro de los límites del orden público*”¹³. Así, se busca que la o el árbitro tome las decisiones que las partes no hayan tomado, para lo cual se confía en que aplicará criterios razonables según las circunstancias del caso y de las partes.

En cuanto a su tramitación, “*están consagradas breves fórmulas de trámite, de mecánica procesal, como son la oralidad, la inmediatez y la secuencia lógica de las actuaciones*”¹⁴. En ese sentido, la intención del arbitraje es que exista una comunicación directa entre la o el árbitro, o el tribunal arbitral, y las partes del procedimiento. De manera que, a diferencia de los procedimientos judiciales, en el arbitraje se utiliza un lenguaje mucho más cotidiano, pretendiéndose evitar el lenguaje técnico que suele permear los expedientes judiciales.

E. EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

Si bien la o el árbitro o el tribunal arbitral emiten una decisión vinculante y obligatoria para las partes a través del laudo, lo cierto es que no gozan de *imperium*. Esto quiere decir que no cuentan con la facultad suficiente para obligar al particular, con el uso de la fuerza pública, a cumplir con el laudo. Por lo anterior, para la ejecución del laudo arbitral es imprescindible la cooperación y participación de los tribunales estatales. Así, “*cada jurisdicción cuenta con un procedimiento distinto para anular, reconocer y/o ejecutar un laudo*”¹⁵.

Ahora bien, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (la “Convención de Nueva York”) “*trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de*

¹³ Pereznieto Castro, Leonel y otros. Ob. cit. P. 17.

¹⁴ Briseño Sierra, Humberto. **Sobre Arbitraje. Estudios**. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1995. P. 46.

¹⁵ Azar Manzur, Cecilia y otros. **Manual de arbitraje comercial**. México, Porrúa, 2004. P. 167.

arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales”¹⁶. De esta manera, la Convención de Nueva York pretende facilitar la ejecución de laudos extranjeros en los Estados parte. Además, promueve la ejecución del acuerdo arbitral, estableciendo la prohibición de “*admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral*”¹⁷. La Convención de Nueva York cuenta con 170 Estados parte, aproximadamente, lo que representa un cierto grado de certeza respecto de la viabilidad de la ejecución de un laudo arbitral¹⁸.

Por lo anterior, en la mayoría de los países imperan reglamentaciones tendientes a lograr la ejecución del laudo, presumir su validez, no discriminar los laudos extranjeros, etcétera.

En suma, el arbitraje se ha convertido en un mecanismo cada vez más utilizado por los comerciantes para resolver sus disputas, pues en repetidas ocasiones ha representado una alternativa más rápida, técnica, imparcial y eficaz, para resolver los conflictos comerciales. Y, cuando la disputa es internacional, el arbitraje presenta una alternativa viable para garantizar la ejecución del laudo a través de la Convención de Nueva York, toda vez que no existe un tratado equivalente en relación con las sentencias extranjeras.

Además, el arbitraje ha sido el mecanismo utilizado por varios Estados en materia de inversión extranjera, en sus tratados comerciales, pues parece ofrecer una solución a la internacionalidad de los conflictos que se suscitan del incumplimiento de estos tratados.

En los siguientes capítulos se explorarán los conflictos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas, para posteriormente analizar la viabilidad del arbitraje, como un mecanismo eficaz para resolver estas disputas.

¹⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)** (“Convención de Nueva York”). Disponible en línea: UNCITRAL <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards> (Consulta: Marzo 23, 2022).

¹⁷ Loc. cit.

¹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)**. Disponible en línea: ONU <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2> (Consulta: Julio 28, 2022).

Capítulo II

DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

La idea de que las empresas puedan tener responsabilidades relacionadas con los derechos humanos, independientemente de la legislación local por la que se encuentren regidas, es relativamente nueva. Esa noción se encuentra estrechamente relacionada con la globalización y provocada por ella¹⁹.

El presente capítulo pretende analizar la responsabilidad que tienen las empresas en relación con los derechos humanos.

Primeramente, se estudiará la teoría alemana de la eficacia horizontal de los derechos humanos para analizar cómo es que las empresas se vuelven también responsables de respetar y garantizar los derechos humanos, dejando de lado la idea de que el Estado es el único sujeto obligado en la materia.

Posteriormente, se analizará el marco regulatorio aplicable: por un lado, se expondrán los “*Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*” que, como *soft law*, proponen una regulación para garantizar los derechos humanos por parte de las empresas desde tres pilares: el Estado en relación con las empresas, las empresas en lo individual y por sí mismas y los mecanismos de restitución a adoptar por parte de las empresas. Por otro lado, se analizarán los problemas que existen en relación con la falta de regulación en la materia tanto en el ámbito del derecho internacional público, como en las legislaciones de los Estados.

Hecho lo anterior, se expondrán los criterios a considerar para una reparación efectiva para las víctimas de violaciones a derechos humanos.

Finalmente, se buscará visualizar la gravedad de las violaciones a derechos humanos que se dan por parte de las empresas. Lo anterior permitirá estudiar ejemplos e identificar los

¹⁹ Ruggie, John G. **Business and Human Rights**. Boston, 2013. Disponible en línea: Harvard Scholar <https://scholar.harvard.edu/files/john-ruggie/files/2013_business_and_human_rights_the_next_chapter.pdf> (Consulta: Marzo, 15, 2022).

derechos humanos comúnmente violados por las empresas, para comprender mejor las problemáticas que se estarían resolviendo en arbitraje.

A. EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Las teorías que dieron origen a lo que hoy en día conocemos como derechos humanos, originalmente consideraron a los Estados como los únicos entes encargados de su protección y garantía. Así, los distintos ordenamientos locales de cada país contemplan los derechos humanos protegidos en dicho territorio, así como los mecanismos a través de los cuales se pretende garantizar esa protección. Además, en el contexto internacional se han celebrado múltiples acuerdos a través de los cuales los países amplían su grado de responsabilidad frente a la protección y garantía de los derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer documento internacional en el que varios Estados hacen un esfuerzo por llegar a un acuerdo respecto de los conceptos que se consideran como derechos humanos y por consecuencia, dignos de protección. Aun cuando la citada Declaración no tiene efectos vinculantes, sino que se limita a establecer las aspiraciones a las que los Estados parte pretenden llegar, es indiscutible que la misma marca un parteaguas en la evolución de los derechos humanos²⁰.

Una vez claro que en principio se consideró a los Estados como el sujeto encargado de la protección, garantía y promoción de los derechos humanos, pasaremos a analizar la teoría *Drittwirkung*, respecto de la eficacia horizontal de los derechos humanos.

Este concepto sugiere la responsabilidad de los sujetos privados en relación con la protección y garantía de los derechos humanos. La expresión alemana *Drittwirkung* (en traducción literal “efecto de terceros”) hace referencia a los efectos de los derechos fundamentales de un particular frente a otro particular. De manera que, si un particular (persona física, empresa privada u otro actor no estatal) es titular de un determinado derecho

²⁰ **Declaración Universal de Derechos Humanos.** ONU, París, Dic. 10, 1948. Disponible en línea: ONU <<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> (Consulta: Marzo, 15, 2022).

frente al Estado, este derecho tiene *Drittwirkung* cuando da lugar a efectos jurídicos para otros particulares²¹.

Esta teoría se centra en considerar que los derechos humanos son un límite al poder. Representan los límites que no pueden ser cruzados aun con la bandera de la democracia. Así, hoy en día las empresas han demostrado ser sujetos relevantes en el marco nacional e internacional e, indiscutiblemente, son una fuente significativa de poder. “*El creciente protagonismo de estos grupos en la vida actual ha reorientado el centro de gravedad del poder y consiguientemente de los peligros para los derechos fundamentales*”²².

Por ello, la *Drittwirkung* propone la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos aun en las relaciones privadas, considerando que solamente así se lograría que los derechos humanos sean un mecanismo efectivo de control del poder²³.

Si bien aún existe un sector de la doctrina que considera que los derechos humanos no pueden hacerse valer frente a particulares, en virtud de que nacieron como un mecanismo de control del poder estatal²⁴, la realidad es que también nacieron como valores inherentes a la persona humana, independientemente de que la misma decida agruparse y formar parte de una comunidad.

Por lo anterior, sería erróneo afirmar que la persona no es titular de derechos humanos en sus relaciones entre particulares²⁵. Si bien en principio las relaciones entre particulares se rigen por un supuesto plano de igualdad, la realidad no es tal, por lo que uno de los principales argumentos para sostener la *Drittwirkung* es que dicha igualdad es ficticia, pues “*se funda en la idea de que el consentimiento, fiel reflejo de la voluntad de las partes, basta para impedir que éstas limiten de forma inaceptable su libertad*”²⁶. No obstante, la realidad contractual

²¹ Borowski, Martin. **Oxford Constitutional Law**. 2018. Disponible en línea: Oxford University Press <<https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e700>> (Consulta: Marzo, 15, 2022).

²² Anzures Gurúa, José Juan. “*La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*”. 2010. Disponible en línea: **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. UNAM. No. 22. <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5904>> (Consulta: Marzo, 15, 2022). P. 15.

²³ Ídem. P. 3.

²⁴ Ídem. P. 5.

²⁵ Ídem. P. 6.

²⁶ Ídem. P. 16.

“ignora la realidad social que generalmente impone a aquellos que se encuentran en una situación de inferioridad”²⁷.

En esta materia, se han desarrollado dos teorías: la mediata y la inmediata.

La mediata considera que el Estado a través de la legislación debe de implementar los mecanismos adecuados para que los derechos humanos sean respetados por todos los sujetos y, cuando el Estado falla en lo anterior, entonces se puede exigir la reparación de la violación, pero a través del Estado. Esta teoría sigue limitando el alcance de la exigencia al respeto de los derechos humanos pues sería el mismo Estado el sujeto obligado a responder²⁸.

Por otro lado, la teoría inmediata, que es la que interesa para efectos del presente trabajo, *“defiende que los derechos fundamentales no son valores sino verdaderos derechos subjetivos [...] exigibles directamente por el individuo que los ostenta frente a sus semejantes”²⁹.*

El presente trabajo no pretende hacer un análisis amplio de cuál de las teorías debe prevalecer, sino que, como establece Anzures Gurría, consideraremos que se complementan: *“tanto una como la otra concuerdan en que la ley es el medio idóneo para la proyección horizontal de los derechos fundamentales, y que en caso de ausencia legislativa [...] recurren a la mediación judicial”³⁰.*

Ahora bien, lo que sí interesa, para efectos del presente, es analizar los mecanismos efectivos para hacer responder a los particulares, especialmente a las empresas, por las violaciones a derechos humanos que les sean atribuibles.

Así, Anzures Gurría al estudiar la *Drittwirkung* concluye que el problema es mucho más procesal que teórico, con lo cual concuerdo. Pues, si bien a nivel internacional se han ido reconociendo distintos deberes de las empresas en relación con los derechos humanos, de los que se hablará posteriormente en el presente capítulo, *“la dificultad radica en dotar a*

²⁷ Loc. cit.

²⁸ Ídem. Pp. 18-23.

²⁹ Ídem. P. 23.

³⁰ Ídem. P. 27.

los derechos fundamentales de una garantía jurisdiccional que les dispense de la debida protección en el tráfico jurídico privado”³¹.

Lo anterior es de suma relevancia para el presente trabajo, pues en el mismo se analiza el arbitraje como una solución a la problemática planteada, como un medio alternativo de solución de conflictos a través del cual se resuelvan los casos de presuntas violaciones a derechos humanos, por parte de las empresas.

B. MARCO REGULATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS.

En el presente apartado se analizará el marco regulatorio existente alrededor del tema de derechos humanos y empresas. Para lo anterior, se iniciará por exponer los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, un instrumento de *soft law* que ha sido un parteaguas en la materia. Posteriormente se abordarán las complicaciones para imputar responsabilidad a las empresas, por violaciones a derechos humanos a la luz de los marcos regulatorios existentes, dividiendo el análisis en (i) el ámbito del derecho internacional público y (ii) las legislaciones locales.

1. *Soft law*: Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

a. Antecedentes.

A lo largo de los años, la comunidad internacional ha reconocido la importancia de atender las cuestiones que relacionan a las empresas con el respeto a los derechos humanos y en consecuencia a los principios y valores internacionalmente reconocidos.

Es así que la Organización de las Naciones Unidas (la “ONU”) trabajó en un Código de Conducta para las empresas transnacionales, pero lo abandonó en 1990.

³¹ Ídem. P. 4.

Por otro lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, así como la Organización Internacional del Trabajo han desarrollado instrumentos de *soft law* tendientes a atender esta problemática³².

Posteriormente, en 1998, la ONU constituyó un grupo de trabajo el cual elaboró, en 2003, las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” (las “Normas”).

Las Normas recopilaron las obligaciones que tienen las empresas transnacionales y otras empresas en los distintos instrumentos internacionales, con la finalidad de que se le reconozca a las empresas responsabilidad legal por sus actuaciones en contra de los derechos humanos. Así, se recomendaba a las empresas adoptar códigos de conducta que estuvieran acorde a las Normas. No obstante, las Normas no fueron aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU³³.

En ese contexto, se nombró a John Ruggie como el encargado de explorar y clarificar ciertos conceptos contenidos en las Normas, observando los estándares y políticas estatales relacionadas con derechos humanos y empresas³⁴.

b. Naturaleza y objetivos.

En junio de 2008, John Ruggie y su equipo de trabajo propusieron un marco con políticas dirigidas a manejar los retos que se presentan en el ámbito de las empresas y los derechos humanos³⁵. Este instrumento se denominó “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” (también referidos como los “Principios”) y sienta las bases sobre

³² Hofverberg, Elin. **Reflecting on 10 Years of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights**. Estados Unidos de América, 2021. Disponible en línea: Library of Congress <<https://blogs.loc.gov/law/2021/06/reflecting-on-10-years-of-the-united-nations-guiding-principles-on-business-and-human-rights/>> (Consulta: Marzo 17, 2022).

³³ Loc. cit.

³⁴ Loc. cit.

³⁵ Ruggie, John. **UN Guiding Principles**. Disponible en línea: Harvard University <<https://scholar.harvard.edu/john-ruggie/un-guiding-principles>> (Consulta: Marzo 16, 2022).

los mecanismos que los Estados y las empresas deben de adoptar y seguir con la finalidad de prevenir y reparar violaciones a derechos humanos³⁶.

Para la elaboración de los Principios se llevaron a cabo alrededor de 50 consultas internacionales con grupos de interés, visitas tanto a las empresas para observar su operación, como a las comunidades vecinas e incluso se implementaron proyectos piloto³⁷.

El ámbito de aplicación de los Principios no se limita a ciertos Estados o empresas, sino que se extiende a todos.

Es importante aclarar que los Principios no pretenden ser un instrumento vinculante u obligatorio que genere obligaciones adicionales para los Estados o restrinja las ya existentes³⁸. Los Principios parten de considerar el gran riesgo que existe en relación con las violaciones a derechos humanos, para efecto de buscar que se actúe con la debida diligencia y evitar que ocurran estas violaciones a los derechos humanos. Por otro lado, en los casos en los que efectivamente ocurran, que se repare el daño causado³⁹.

c. Contenido.

Los Principios se basan en tres pilares complementarios e interdependientes.

El primero es el deber del Estado de proteger a las personas contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas. En este pilar se atribuyen funciones al Estado tales como las de asesorar a las empresas, adoptar medidas, supervisar, promover, colaborar con las empresas, prestar asistencia a las empresas, mantener un marco normativo nacional adecuado, etcétera. Todo, con la finalidad de que se promueva el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas⁴⁰.

³⁶ **Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos**. ONU Junio 16, 2011. Disponible en línea: OHCHR <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf> (Consulta: Marzo 16, 2022).

³⁷ Ruggie, John G. **Business and Human Rights**. Ob. cit.

³⁸ **Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos**. Ob. cit.

³⁹ Ruggie, John G. **Business and Human Rights**. Ob. cit.

⁴⁰ **Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos**. Ob. cit.

El segundo pilar trata de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, en el entendido de que dicho cometido abarca tanto evitar que con sus actividades se cometan violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, como que se repare el daño causado cuando la violación ya se haya materializado. Para cumplir con esta responsabilidad, se establece que las empresas deben contar con las “*políticas y procedimientos adecuados en función de su tamaño y circunstancia*”⁴¹. Además, se hace un énfasis significativo en la debida diligencia que debe ser practicada por las empresas para “*identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades*”⁴², en el entendido de que la debida diligencia se materializa en el proceso a través del cual se atienden las potenciales u ocurridas violaciones a derechos humanos desde su observación hasta su conclusión, incluyendo una alternativa para dar respuesta a las consecuencias negativas que se produzcan o puedan producirse⁴³.

El tercer pilar se enfoca en la necesidad de las víctimas de un acceso a un recurso efectivo, tanto judicial como no judicial⁴⁴. Este pilar está directamente relacionado con el presente trabajo pues se establece que los Estados deben “*tomar medidas apropiadas para garantizar (los derechos humanos), por las vías judiciales, administrativas, legislativas, o de otro tipo que correspondan*”⁴⁵. De esta manera, se contempla el deber de los Estados de contar por un lado con mecanismos judiciales y extrajudiciales estatales y, por el otro lado, con mecanismos no estatales.

Lo anterior, en el entendido de que los mecanismos extrajudiciales (tanto estatales como no estatales) deben contar con una serie de características para que sean eficaces: deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos humanos, una fuente de aprendizaje continuo y basarse en la participación y el diálogo⁴⁶.

⁴¹ Loc. cit.

⁴² Loc. cit.

⁴³ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Ob. cit.

⁴⁴ Ruggie, John. UN Guiding Principles. Ob. cit.

⁴⁵ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Ob. cit.

⁴⁶ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Ob. cit.

d. ¿Rumbo a un tratado?

En la Resolución 26/9 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 14 de julio de 2014 se contempla instalar un grupo de trabajo para la elaboración de “*un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos*”⁴⁷. Desde esa fecha se han trabajado distintos borradores que contienen las obligaciones que los Estados asumirían para lograr la prevención y reparación de las violaciones a derechos humanos por parte de las empresas. Así, en 2021 se publicó el tercer borrador revisado del instrumento jurídicamente vinculante para los Estados, respecto de empresas y derechos humanos.

Si bien los Principios sirven como un punto de partida para reconocer el deber que tienen las empresas, aun como particulares, de respetar y reparar las violaciones a derechos humanos que cometan, los mismos no crean obligaciones exigibles. De esta manera, constituyen únicamente una fuente de *soft law* que puede servir como criterio interpretativo a los tribunales jurisdiccionales, a las y los árbitros o a las y los legisladores de cada Estado, pero no vincula a las empresas a cumplir con ciertos estándares fijos. Por lo anterior, en múltiples ocasiones se ha señalado la insuficiencia de los Principios como un mecanismo efectivo para prevenir las violaciones a derechos humanos por parte de empresas, y que se reparen los daños causados por las mismas en caso de que efectivamente ocurran.

En ese sentido, la celebración de un tratado internacional sería un paso muy importante en el reconocimiento y la atención de la problemática. Lo anterior toda vez que, con la celebración del tratado, los Estados se obligan a cumplir con lo contenido en el mismo. En ese sentido, se esperaría que adapten su legislación para regular adecuadamente a las empresas y su actuación y responsabilidad alrededor del marco de los derechos humanos protegidos internacionalmente.

⁴⁷ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/9 Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (A/HRC/RES/26/9). Asamblea General de las Naciones Unidas: Julio 14, 2014. Disponible en línea: <<https://www.ccoo.es/8f72c6f049f78e3171882d193b0b31b3000001.pdf>>. (Consulta: Marzo 17, 2022.).

En mi opinión, los Principios aportan parámetros muy útiles para la visualización de la “responsabilidad” de las empresas en el marco internacional, en relación con el respeto a los derechos humanos, pero no logran por sí solos, ser un mecanismo eficaz para incentivar su aplicación y desincentivar las violaciones desmedidas a derechos humanos comúnmente cometidas por las empresas.

Cuestiones como la reversión de la carga de la prueba, la obligación de la empresa matriz respecto de las violaciones a derechos humanos de sus subsidiarias, la reglamentación del pago de costas y de los honorarios de las y los abogados, y los mecanismos para que existan múltiples demandantes⁴⁸, deberían ser tratadas en un instrumento vinculante para eliminar las barreras que hoy en día existen en los litigios de casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Justo porque es un tema tan complicado y abstracto, el arbitraje puede ser un medio apropiado para que se estudien y analicen los casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas pues ¿quién mejor que una persona experta en el tema, para tratar una cuestión abstracta? El problema de las lagunas en la legislación nacional (por ejemplo, que muchas veces no obliga a las subsidiarias de otros países) puede traer como consecuencia que las y los jueces sean muy legalistas y se queden en la literalidad. En cambio las personas integrantes del tribunal arbitral, con el contexto internacional del estándar que se exige a las empresas, pueden considerar más factores en su razonamiento, que las lleven a tomar una decisión más considerada.

2. Las complicaciones para imputar responsabilidad a las empresas, por violaciones a derechos humanos.

a. En relación con el derecho internacional público.

⁴⁸ **Meeran, Richard.** Civil Litigation for Grave Abuses. Dic. 10, 2017. Disponible en Spotify: Voices. Institute for Human Rights and Business “*SO4E13 (2018 Top 10) Richard Meeran on Civil Litigation for Grave Abuses*”. (Consulta: Agosto 14, 2022).

Es sujeto de derecho internacional público todo ente capaz de ser titular de derechos y de exigirlos en el plano internacional, así como de obligaciones cuyo cumplimiento le pueda ser exigido en dicho plano.

El derecho internacional clásico únicamente reconocía a los Estados, como sujetos del derecho internacional. No obstante, como resultado de la globalización, la universalización, la creciente interdependencia, la heterogeneización, estatalización y la humanización, todas ellas de los actores del plano internacional, el concepto de sujetos de derecho internacional se ha ido ampliando para contemplar no solo a los Estados, sino también a otros entes cuyo actuar es relevante para la comunidad internacional. Así, se ha logrado reconocer como sujetos de derecho internacional a organizaciones internacionales, individuos o pueblos beligerantes.

Por su parte, las empresas han demostrado que en varias ocasiones tienen más poder que los Estados u otros sujetos de derecho internacional público. De manera que, por la gran relevancia de sus acciones y su evidente influencia en la comunidad internacional, se ha cuestionado si éstas son sujeto de derecho internacional público. No obstante su protagonismo, no existe consenso en la doctrina para afirmar que las empresas sean sujetos de derecho internacional público. Generalmente se les considera “actores del sistema mundial sólo dotados de personalidad jurídica interna”⁴⁹.

En gran medida, el problema de la subjetividad internacional de las empresas se debe a que no existe una fuente de derecho internacional que les sea aplicable directamente, específicamente, un tratado. Los tratados internacionales son fuente de derecho internacional toda vez que, las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, deciden ceder una parte de su “soberanía” para obligarse conforme a lo acordado. De manera que, conforme al Principio Lotus, cada Estado puede emitir su propia legislación siempre y cuando ésta no vaya en contra de sus obligaciones en el plano internacional, como lo son las contenidas en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte.

⁴⁹ Garrido Suárez, Hilda. **La empresa: ¿Sujeto de Derecho Internacional? Importancia de la cuestión**. Madrid, sin fecha. Disponible en línea: Vlex <<https://vlex.es/vid/sujeto-derecho-importancia-cuestion-409049290>> (Consulta: Mayo 10, 2022).

Normalmente, los tratados internacionales son celebrados entre Estados. Por lo anterior, como las empresas no son parte de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es difícil imputarles responsabilidad internacional directa cuando violan las obligaciones de los Estados contenidas en los mismos.

La responsabilidad internacional es la institución a través de la cual se establece que cualquier violación de una obligación internacional atribuible al sujeto en cuestión, tiene como consecuencia la obligación de reparar el daño. La reparación se puede presentar en distintas formas: (i) la restitución de la situación a como se encontraba antes de la violación, (ii) la indemnización para “compensar” los daños producidos, o (iii) la satisfacción tendiente a neutralizar los perjuicios no materiales ocasionados.

Si bien ya se mencionó que se han llevado a cabo varios esfuerzos para celebrar un tratado internacional en esta materia, es inevitable notar que para ello, se requiere de un capital político importante que pocos están dispuestos a poner en juego.

b. En relación con la legislación de cada Estado.

Toda vez que no existe un ordenamiento internacional que regule de forma vinculante las obligaciones de las empresas en relación con los derechos humanos, no queda más que ampararse en las legislaciones locales de cada uno de los Estados, para buscar la responsabilidad de las empresas en esta materia.

No obstante, pocos Estados cuentan con legislaciones que de forma efectiva: (i) regulen las obligaciones de las empresas en esta materia, y además (ii) ofrezcan una vía adecuada para ventilar este tipo de conflictos y lograr la reparación del daño. Esta circunstancia se complica aún más cuando entran en juego factores como la nacionalidad y residencia tanto de la aparente víctima, como de las empresas, en relación con la aplicabilidad de la legislación sustantiva y la disponibilidad de las acciones jurisdiccionales respectivas.

Para ejemplificar lo anterior, a continuación se explicará el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, el cual refleja la problemática antes referida.

El caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* (“Shell” por ser una empresa perteneciente a dicho grupo) surge en virtud del asesinato del Dr. Barinem Kiobel y otros 11 activistas nigerianos que formaron parte del Movimiento para la Sobrevivencia del Pueblo Ogani (el “MOSOP” por sus siglas en inglés). El MOSOP estaba en contra del daño ambiental causado por empresas de Shell por sus actividades extractivas en el Delta del Níger. Los activistas fueron torturados y asesinados por la dictadura militar de Nigeria, en 1995, y los familiares de las víctimas alegaron que Shell fue cómplice de estos actos atroces.

La demanda se presentó con fundamento en la “*Alien Tort Statute*”, una ley federal de los Estados Unidos de América que otorga a los tribunales federales jurisdicción respecto de demandas presentadas por ciudadanos no estadounidenses, por agravios cometidos en violación del derecho internacional⁵⁰. Lo anterior en virtud de que es posible que en el país donde ocurrió la violación no se pueda responsabilizar al acusado por una variedad de razones, incluyendo: un sistema judicial corrupto, un gobierno aún dominado por los responsables del abuso, recursos inadecuados o el hecho de que los perpetradores han abandonado ese país⁵¹.

En principio, la “*Alien Tort Statute*” fue utilizada para conocer de violaciones cometidas por actores estatales: funcionarios, policías, militares, entre otros. Sin embargo, con el paso del tiempo, se consiguió ampliar su alcance promoviendo demandas en contra de particulares.

No obstante, en el caso en comento, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos decidió que las corporaciones no podían ser demandadas bajo la “*Alien Tort Statute*”. Esta decisión fue apelada ante la Suprema Corte (la “SCOTUS” por sus siglas en inglés) donde las y los jueces cuestionaron no solo la aplicación de la “*Alien Tort Statute*” a las empresas, sino bajo qué circunstancias la “*Alien Tort Statute*” se aplica a cualquier abuso que tenga lugar fuera de los Estados Unidos⁵².

⁵⁰ The Center for Justice and Accountability. **The Alien Tort Statute**. San Francisco, sin fecha. Disponible en línea: The Center for Justice and Accountability <<https://cja.org/what-we-do/litigation/legal-strategy/the-alien-tort-statute/>> (Consulta: Mayo 10, 2022).

⁵¹ Center for Constitutional Rights. **The Alien Tort Statute**. Nueva York, sin fecha. Disponible en línea: Center for Constitutional Rights <<https://ccrjustice.org/files/ATS%20factsheet%209.2012.pdf>> (Consulta: Mayo 10, 2022).

⁵² Loc. cit.

En 2013, la SCOTUS decidió que la “*Alien Tort Statute*” no puede ser aplicada a las acciones de Shell en Nigeria, revirtiendo así 30 años de avance en la responsabilización de las empresas. En su fallo, la SCOTUS estableció que la “*Alien Tort Statute*” únicamente es aplicable a violaciones cometidas en el extranjero cuando las mismas “tocan y conciernen” a los Estados Unidos con “fuerza suficiente”.

El caso en estudio es un ejemplo claro de una situación en la que es necesario acudir a la legislación local para conseguir la reparación del daño en violaciones a derechos humanos cometidas por empresas. Toda vez que no existe una fuente de derecho internacional que vincule a Shell y por consecuencia Shell no tiene la obligación internacional directa de respetar los derechos humanos -no es sujeto de derecho internacional-, los familiares de los activistas nigerianos se ven en la necesidad de fundamentar su caso en la legislación local de los Estados Unidos.

Lo anterior complica la imputación de responsabilidad, pues no queda más que depender de la legislación local de los Estados para que: (i) se prevea una obligación de Shell de respetar los derechos humanos, (ii) exista una vía para hacer valer el incumplimiento a dicha obligación y, como consecuencia, (iii) se pueda exigir la reparación del daño por las personas afectadas.

Es inevitable resaltar que, si en el caso en comento se demuestra que Estados Unidos no tiene una legislación lo suficientemente amplia que permita la imputación de responsabilidad a las empresas por violaciones a derechos humanos cometidas en el extranjero a extranjeros, ¿qué nos espera del resto de países en vías de desarrollo y con mayores niveles de corrupción e impunidad?

Ahora bien, no podemos pasar por alto que, en efecto, existen Estados que han hecho esfuerzos para regular las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos humanos. Al respecto, mencionaremos dos ordenamientos relevantes: la Ley sobre el Deber de Vigilancia, francesa y la Ley de Debida Diligencia Corporativa en las Cadenas de Suministro, alemana.

En 2017, Francia aprobó la Ley sobre el Deber de Vigilancia, que impone la obligación de vigilar el desempeño empresarial en temas de derechos humanos, abarcando las actividades y relaciones de la empresa matriz, sus subsidiarias y su cadena de suministro. Así, se vuelve necesario que la matriz desarrolle un análisis de riesgos a lo largo de toda su cadena de suministro y que implemente una serie de medidas por medio de un plan de vigilancia. Incumplir con lo anterior puede exponer a la empresa matriz a una responsabilidad civil, incluso por actos ocurridos en el extranjero⁵³.

Por otro lado, la Ley de Devida Diligencia Corporativa en las Cadenas de Suministro aprobada en Alemania, entrará en vigor en 2023 respecto de las empresas con 3,000 o más empleados y, a partir de 2024, para las empresas con 1,000 o más empleados. En ella se requiere que las empresas identifiquen los riesgos de violación de los derechos humanos en proveedores directos y, si tienen "conocimiento fundado" de una posible violación, también en los proveedores indirectos. Estas empresas deben tomar medidas que contrarresten el impacto negativo y documentarlas ante la Oficina Federal de Asuntos Económicos y Control de las Exportaciones (la "BAFA"), la cual puede imponer multas si las empresas incumplen sus obligaciones de debida diligencia. Además, las partes afectadas pueden exigir que la BAFA tome medidas⁵⁴.

Finalmente, en la Unión Europea se ha discutido un proyecto de directiva en materia de debida diligencia de las empresas. El borrador de la misma prevé que las empresas de la Unión Europea que cuentan con más de 500 trabajadores y facturan 150 millones de euros, están obligadas a contar con medidas específicas para evitar las violaciones de derechos humanos en sus cadenas de suministro. Asimismo, en algunos sectores que se considera cuentan con un mayor riesgo de explotación, como el agrícola y la moda, se aplicaría a empresas con más de 250 empleados y una facturación de 40 millones de euros, y las pequeñas y medianas empresas quedarían exentas. Las empresas de países no pertenecientes

⁵³ Cantú Rivera, Humberto y Barboza López, Miguel. **La Unión Europea y su camino hacia una ley sobre debida diligencia empresarial**. Julio 3, 2020. Disponible en línea: Konrad Adenaur Stiftung <<https://dialogoderechoshumanos.com/blog/716-la-union-europea-y-su-camino-hacia-una-ley-sobre-debida-diligencia-empresarial>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

⁵⁴ Business and Human Rights Resource Center. **German parliament passes mandatory human rights due diligence law**. Junio 16, 2021. Disponible en línea: <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/german-due-diligence-law/>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

a la Unión Europea que operan en ella, también estarían incluidas⁵⁵. No obstante, dicho ordenamiento sigue en proyecto y discusiones, y se ha cuestionado su eficacia al concentrar su aplicabilidad en las empresas que superen los umbrales antes citados.

En conclusión, la falta de regulación local e internacional en materia de derechos humanos y empresas presenta un reto importante en el acceso a la justicia de las víctimas, pues en muchas ocasiones no existen obligaciones directas de las empresas en relación con los derechos humanos y/o la vía apropiada para hacerlas valer.

C. MECANISMOS DE REPARACIÓN Y RESTITUCIÓN.

Para que los derechos humanos tengan sentido, es importante contar con un sistema de reparación efectivo⁵⁶. Por lo anterior, “*el derecho a una reparación efectiva por los daños causados es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos*”⁵⁷. Así, “*la efectividad de las reparaciones está relacionada con los procedimientos y con los resultados*”⁵⁸.

Los mecanismos de reparación o restitución del daño juegan un papel especialmente importante en el panorama de los derechos humanos y las empresas. En ese sentido, el último pilar de los Principios está especialmente enfocado en los mecanismos de reparación. Lo anterior no implica que estos mecanismos deban analizarse como un ente aislado, sino que los Principios deben considerarse como un todo dinámico, de manera que los mecanismos de reparación y restitución se encuentren necesariamente ligados con la responsabilidad tanto de los Estados como de las empresas, en relación con los derechos humanos⁵⁹. En

⁵⁵ Amnistía Internacional. **Graves carencias socavan la propuesta de la Comisión Europea sobre debida diligencia empresarial en derechos humanos y medioambientales**. España: Feb. 24, 2022. Disponible en línea: <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/graves-carencias-socavan-la-propuesta-de-la-comision-europea-sobre-debida-diligencia-empresarial-en-derechos-humanos-y-medioambientales/>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

⁵⁶ **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/72/162)**. Asamblea General de las Naciones Unidas: Julio 18, 2017. Disponible en línea: ONU <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/218/68/PDF/N1721868.pdf?OpenElement>> (Consulta: Marzo 18, 2022).

⁵⁷ **Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales (A/HRC/32/19)**. Consejo de Derechos Humanos. Disponible en línea: ONU <https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/32/19> (Consulta: Marzo 21, 2022).

⁵⁸ **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/72/162)**. Ob. cit.

⁵⁹ Loc. cit.

consecuencia, “*las reparaciones efectivas de los abusos contra los derechos humanos relacionados con las empresas [...] deberían dar lugar a alguna forma de rendición de cuentas institucional y viceversa*”⁶⁰.

Ahora bien, no basta con ofrecer cualquier mecanismo de reparación, sino que es necesario que la reparación sea efectiva para el titular del derecho. En ese sentido, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, de la ONU (también referido como el “Grupo de Trabajo”), recomienda que, cuando se analicen los mecanismos de reparación de violaciones a derechos humanos, siempre se posicione a la víctima o al titular del derecho en el centro del proceso, de manera que éste gire en torno a sus necesidades específicas y sea más probable lograr la reparación efectiva⁶¹.

Así, el citado Grupo de Trabajo establece algunos elementos que pudieran servir de referencia para lograr una reparación efectiva, entre los cuales se encuentran:

- (i) Que el mecanismo responda a las experiencias y expectativas de las personas titulares del derecho y sea evaluado desde su perspectiva;
- (ii) Que se reduzca el riesgo de la victimización de las personas titulares;
- (iii) Que se ofrezca una variedad de mecanismos;
- (iv) Que no se reduzca a las personas titulares a simples beneficiarios de los mecanismos;
- (v) Que se establezcan medidas proactivas para corregir las asimetrías de poder;
- (vi) Que se garantice el acceso a la información; y
- (vii) Que se evite la discriminación⁶².

Por otra parte, se debe considerar que no todas las personas titulares de derechos o afectadas se encuentran en circunstancias similares, de manera que no constituyen un “*grupo homogéneo*”⁶³. Por lo anterior, se vuelve esencial considerar las diferencias y

⁶⁰ Loc. cit.

⁶¹ Loc. cit.

⁶² Loc. cit.

⁶³ Loc. cit.

particularidades de cada grupo o cada titular, para lograr una reparación efectiva, pues no es lo mismo una madre embarazada que fue despedida injustificadamente, que un campesino que fue despojado de sus tierras. Además, es importante considerar las particularidades de las violaciones cometidas, para ofrecer el mecanismo de reparación adecuado. Por ejemplo, las violaciones masivas a derechos humanos llevan consigo la necesidad de implementar conceptos y programas distintos que respondan a sus secuelas⁶⁴.

En adición a lo anterior, para lograr una reparación efectiva, es necesario que la misma sea: accesible, asequible, adecuada y oportuna. La accesibilidad y asequibilidad implican que se conozca el mecanismo, y que no implique muchos gastos o inconvenientes. Lo adecuado del mecanismo se mide en función de las necesidades actuales y futuras de la víctima. Por su parte, la oportunidad implica que la reparación se materialice en el tiempo necesario⁶⁵.

Finalmente, el Grupo de Trabajo recomienda ofrecer un “abanico de reparaciones”, es decir, no limitar la cantidad de mecanismos de reparación accesibles para las víctimas, sino que ofrecer distintos que incluso puedan operar simultáneamente. Lo anterior toda vez que la efectividad de los mecanismos puede variar en cada caso concreto. Por ejemplo, acudir a tribunales en busca de la reparación del daño es el mecanismo tradicional recurrido por las víctimas. No obstante, los “*procesos judiciales exigen un papel activo de la víctima, como demandante, [...] requieren la acreditación de los daños, la determinación de los responsables y el establecimiento de la relación causal entre la acción u omisión [...] y los daños*”⁶⁶, lo cual implica una energía constante de la víctima y un determinado contexto social y económico. Además, el sistema les ha fallado, por lo que no es fácil para las víctimas “*confiar en instituciones del Estado, policías, procuradores y tribunales*”⁶⁷. De manera que no todas las víctimas se encuentran en posibilidad de litigar, y menos contra un Estado o

⁶⁴ Correa, Cristina. **Programas de reparación para violaciones masivas de derechos humanos: lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú**. Disponible en línea: CIDH <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29768.pdf>> (Consulta: Marzo 18, 2022).

⁶⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/72/162). Ob. cit.

⁶⁶ Correa, Cristina. Ob. cit.

⁶⁷ Loc. cit.

contra una empresa transnacional, por lo que es importante considerar otras alternativas de reparación.

Además, las reparaciones tienen un rol de desincentivar que se cometan las violaciones. De manera que su papel no se limita a reparar el daño sufrido por las víctimas, sino que se extiende a desalentar que el mismo daño pueda ser ocurrido a otras personas en el futuro. Por lo anterior, el “abanico de reparaciones” debe incluir mecanismos de restitución, de indemnización, de rehabilitación, de satisfacción, garantías de no repetición y reparaciones preventivas.

D. VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE EMPRESAS.

Como se mencionó al hablar de la eficacia horizontal de los derechos humanos, las empresas se han convertido en una fuente importante de poder. Tan es así que, de acuerdo con Amnistía Internacional “*de las 100 mayores economías del mundo, 51 son empresas; sólo 49 son países*”⁶⁸.

Como consecuencia de la globalización, cada vez nos enteramos más que empresas transnacionales llevan a cabo sus operaciones a costa de los derechos humanos de distintas comunidades y personas.

Suenan casos como el de la planta química de Unión Carbide en Bhopal, India, en 1984, en el que murieron más de 20,000 personas por una fuga de gas tóxico⁶⁹. O el de la petrolera Trafigura en Abiyán, Costa de Marfil, en 2006, en el que “*100.000 personas recibieron tratamiento médico por diversos problemas de salud tras el vertido de residuos tóxicos*”⁷⁰. Por lo anterior, “*el pilar III de los Principios, que se refiere a la provisión de recursos efectivos para las violaciones de los derechos humanos, ha sido denominado como el pilar olvidado*”⁷¹.

⁶⁸ Amnistía Internacional España. **Los agentes económicos, especialmente las empresas multinacionales que operan a través de fronteras nacionales, han adquirido un poder y una influencia sin precedentes en todo el mundo.** Disponible en línea: Amnistía Internacional España <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/empresas-y-derechos-humanos/>> (Consulta: Marzo 21, 2022).

⁶⁹ Loc. cit.

⁷⁰ Loc. cit.

⁷¹ F. Villaggi y B. Guthrie. **Arbitration, Business, and Human Rights.** Julio 14, 2021.

Así, la operación de las empresas históricamente ha venido afectando, entre otros, los siguientes derechos humanos⁷²:

- Derecho al desarrollo;
- Derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, sano y sostenible;
- Derecho a la salud;
- Derecho a la alimentación;
- Derecho al agua y al saneamiento;
- Derecho al trabajo;
- Derecho a la seguridad social;
- Derecho a la integridad física;
- Derecho a la dignidad humana;
- Derecho a la libertad;
- Derecho a una vivienda adecuada; y
- Derecho a la no discriminación.

La operación de las empresas en distintos países implica un grado complejo de regulación de derecho, tanto interno como internacional. Así, las lagunas que se generan en la legislación han permitido “*la comisión de graves abusos, como el trabajo forzoso o el desalojo de comunidades de sus tierras y su reasentamiento forzoso en otros lugares*”⁷³. Por el otro lado, en países en los que parece haber una legislación relativamente sólida en la materia, a las víctimas de violaciones a derechos humanos se les ha negado el acceso a una reparación efectiva, derivado de distintas barreras⁷⁴.

De manera que, aun cuando exista la normatividad suficiente para regular la actuación de las empresas en relación con los derechos humanos, de acuerdo con Amnistía Internacional “*los gobiernos casi nunca investigan las irregularidades que éstas cometen*”⁷⁵.

Así, existen:

⁷² Presidencia del OEIGWG establecido por la Resolución A/HCR/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos. **Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos**. Sept. 29, 2017. Disponible en línea: OHCHR <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf> (Consulta: Marzo 22, 2022).

⁷³ Amnistía Internacional España. Ob. cit.

⁷⁴ Levine, Judith, Castles, Sarah y otros. **The Cambridge Companion to Business and Human Rights Law**. Londres y Nueva York, Cambridge University Press, 2021. P. 431.

⁷⁵ Amnistía Internacional España. Ob. cit.

(i) Por un lado, una reglamentación deficiente, tanto interna como internacional, que permite que las empresas decidan tomar el riesgo de cometer violaciones a derechos humanos; y

(ii) Por otro lado, una serie de obstáculos materiales que dificultan el acceso de las víctimas a la justicia estatal, cuando las violaciones han sido cometidas.

Está comprobado que “*cuando las comunidades intentan que se haga justicia, se ven frustradas por la ineficacia de los sistemas jurídicos, la falta de información, la corrupción y las potentes alianzas entre el Estado y las empresas*”⁷⁶.

Existe una fuerte problemática pues los gobiernos de los Estados han estado protegiendo los intereses de las empresas y cubriendo o dejando impunes las violaciones a derechos humanos. Por poner al país de la autora como ejemplo, en la Recomendación General 37, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México hizo constar que de 65 Recomendaciones emitidas entre 1990-2018 por violaciones a derechos humanos en el contexto empresarial, en 47 de ellas las violaciones se cometieron por empresas vinculadas jurídicamente con el gobierno: el 44.5% a través de una autorización, permiso o licencia, el 30% por contratos públicos y el 25.5% por concesiones. De las 18 Recomendaciones restantes, en 10 ocasiones la responsable de las violaciones fue una empresa pública⁷⁷, mientras que solamente 8 no tenían un vínculo jurídico con el Estado⁷⁸. Para una mejor referencia, véase la gráfica siguiente:

Recomendaciones emitidas por la CNDH en México entre 1990-2018 por violaciones a derechos humanos en el contexto empresarial



⁷⁶ Loc. cit.

⁷⁷ Entendiéndose como públicas, conforme a la misma Recomendación, a las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal incluyendo empresas de participación estatal mayoritaria y empresas productivas del Estado, sobre las cuales el propio Estado tiene control.

⁷⁸ Comisión Nacional de Derechos Humanos. **Análisis del Estado de Cumplimiento de los Derechos Humanos Frente a las Actividades Empresariales**. Disponible en línea: CNDH México <<http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60113>> (Consulta: Marzo 21, 2022).

Así, es de suma importancia considerar mecanismos no estatales que permitan el acceso a la justicia y la reparación efectiva de las violaciones a derechos humanos que cometen las empresas, incluso en el panorama internacional.

Por lo anterior, en el siguiente apartado se analiza el arbitraje, como una respuesta a la falta de mecanismos no estatales para resolver los conflictos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Capítulo III

ARBITRAJE EN CONFLICTOS DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Cada vez hay más presión para hacer vinculantes las disposiciones de derechos humanos frente a las empresas. No obstante, en ocasiones los tribunales nacionales pueden resultar un foro complicado para dilucidar conflictos en materia de derechos humanos y empresas. Un estudio de 2014 describió el sistema de remedios judiciales proporcionados por la legislación interna como desiguales, inefectivos y frágiles⁷⁹. Por lo anterior y para añadir una alternativa al abanico de opciones con el que la reparación del daño en materia de derechos humanos debe contar, el presente documento propone contemplar al arbitraje como un mecanismo que puede resultar eficaz en determinados casos, para resolver estas disputas.

Dicho arbitraje pudiera llevarse entre víctimas y empresas o entre dos empresas, toda vez que, en ocasiones una empresa no quiere responsabilizarse por las violaciones que pueda cometer otra, por lo que en sus contratos incluye cláusulas con estándares mínimos de cumplimiento, pues, *“a las empresas multinacionales les resulta cada vez más difícil ignorar que se les asocie con el abuso sistemático de los derechos humanos”*⁸⁰. La resolución en arbitraje de disputas entre dos empresas puede ser pactada con mayor facilidad⁸¹. No obstante, lo anterior se vuelve más complejo cuando se busca ofrecer el arbitraje a víctimas de violaciones a derechos humanos ocurridas en un marco extracontractual.

También es probable que una misma actividad pueda dar lugar a un litigio tanto contractual como extracontractual. En tal caso, si las partes lo desean, debería ser posible resolver todas las disputas, en una misma vía⁸².

⁷⁹ Levine, Judith, Castles, Sarah y otros. Ob. cit. P. 430.

⁸⁰ Levine, Judith y Wahid, Kashpee. *“Business and Human Rights: A “New Frontier” for International Arbitration?”* Dic. 2017. Disponible en línea: **The ACICA Review**. Australian Center for International Commercial Arbitration. Vol. 5 Num. 2. <<https://acica.org.au/wp-content/uploads/2017/12/ACICA-Review-Dec-2017-final-002.pdf>> (Consulta: Agosto 19, 2022). P. 39.

⁸¹ Suzanne Spears en: **A Latin American Approach to the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**. Octubre 21, 2021. Disponible en línea: ASIL <<https://www.asil.org/latin-american-approach-hague-rules-business-and-human-rights-arbitration>> (Consulta: Agosto 15, 2022).

⁸² Kessedjian, Catherine. *“The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, ou comment l’arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l’homme par les entreprises”*. En: **Variétés**. Sin lugar, LexisNexis, S.A., Marzo, 2021. (pp. 69-86).

En ese sentido, en este capítulo se estudiará primeramente, la viabilidad de someter disputas de derechos humanos y empresas, que indiscutiblemente repercuten en el orden público, a un mecanismo de resolución de conflictos privado, como lo es el arbitraje.

Posteriormente, se desarrollarán las distintas formas bajo las cuales se pudiera formar el acuerdo arbitral en los posibles escenarios en que se presentan disputas de la naturaleza que nos ocupa.

En un siguiente apartado, se abordan las Reglas de La Haya en Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos, instrumento que contempla una serie de normas procesales adaptadas específicamente para casos en que se aleguen violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Finalmente, se expondrán los beneficios y complicaciones de someter este tipo de disputas a arbitraje, con la finalidad de concluir si lo anterior sería eficaz para las partes involucradas en el conflicto.

A. ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS.

La arbitrabilidad de una controversia hace referencia a la susceptibilidad de someter dicha controversia al arbitraje, de conformidad con la legislación aplicable, ya que “*cada legislador define qué materias pueden resolverse por arbitraje y cuáles son de competencia judicial exclusiva*”⁸³.

Ahora bien, aun cuando las materias no arbitrables pueden variar de jurisdicción en jurisdicción, es común que se incluya dentro de ellas al orden público.

Toda vez que los derechos humanos inevitablemente son de interés general para la población de un país y por consecuencia forman parte del orden público, se vuelve relevante

⁸³ Caivano, Roque J. “*Arbitrabilidad y Orden Público*”. Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico**. Sin seriación. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022).

analizar la arbitrabilidad de los conflictos que ocurran por violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Al respecto, las Reglas únicamente establecen que las partes y el tribunal arbitral deben tener cuidado de elegir una sede del arbitraje en la que las disputas comerciales y de derechos humanos sean arbitrables, para no frustrar el acuerdo de las partes de someter dichas disputas a arbitraje⁸⁴.

Por lo anterior, se vuelve relevante efectuar un análisis independiente para determinar la viabilidad de que las alegadas violaciones a derechos humanos por parte de empresas sean arbitrables.

El orden público puede ser definido como el “*conjunto de principios, implícita o explícitamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, que por ser considerados fundamentales, se imponen imperativamente, excluyendo cualquier validez a las relaciones jurídicas voluntarias que sean contrarias a ellos*”⁸⁵. El orden público incide de dos formas distintas en el arbitraje: (i) en la arbitrabilidad de la controversia y (ii) en el reconocimiento, ejecución o, inclusive, anulación del laudo arbitral.

No obstante, dicho concepto ha tomado distintas vertientes, entre las cuales se distingue el orden público interno del internacional. El orden público internacional “*puede tener un triple origen: i) los principios básicos del ordenamiento que no pueden dejar de aplicarse en situaciones internacionales, ii) las leyes de policía (orden público) que se aplican en situaciones internacionales y iii) las obligaciones internacionales entre los estados*”⁸⁶.

Ahora bien, en ocasiones se considera que la interpretación de las legislaciones que consideran al orden público como una limitante al arbitraje, implica que las materias o normas de orden público no pueden ser objeto de un procedimiento arbitral. No obstante, la evolución de la doctrina y jurisprudencia arbitral han venido delimitando la relación entre el

⁸⁴ **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**. Center for International Legal Cooperation/ The Hague. Diciembre, 2019. Disponible en línea: CILC <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf> (Consulta: Julio 19, 2022).

⁸⁵ Caivano, Roque J. Ob. cit.

⁸⁶ Reggiardo, Mario. “*Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú*”. 2014. Disponible en línea: **Forseti**. Número 1. <http://forseti.pe/media_forseti/revistas/Arbitraje_Internacional.pdf> (Consulta: Julio 19, 2022).

orden público y el arbitraje, concluyendo que “*en sí mismo, el orden público –entendido como el interés general que subyace como fundamento de una norma legal– nada predica sobre la arbitrabilidad de la cuestión*”⁸⁷.

En consecuencia, se busca que la relación entre el orden público y la o el árbitro no sea como “*una mera posibilidad de actuación, sino como una obligación de comportamiento y aplicación normativa, análoga a aquella que recae sobre el juez natural*”⁸⁸, lo cual implica menos libertad para llevar el proceso y emitir el fallo y una mayor diligencia, para asegurar que la norma de orden público sea respetada, pero en ningún caso, una imposibilidad para conocer del asunto.

Asimismo, se vuelve importante notar no solamente la facultad de la o el árbitro de atender cuestiones de orden público en sus decisiones, sino que es crucial que, cuando las mismas se presenten, sean tomadas en cuenta y resueltas pues, el no atender la cuestión “*podría constituir en sí mismo un menoscabo al orden público*”⁸⁹. Así, “*el árbitro tiene la obligación de aplicar las normas imperativas relacionadas con el orden público, de la misma forma que lo haría el ‘juez natural’*”⁹⁰.

La jurisprudencia francesa, jurisdicción conocida por emitir resoluciones pro-arbitraje, a través de una evolución de criterios, concluye que el orden público no es un impedimento para que una controversia sea resuelta en arbitraje. En la sentencia dictada en el caso Tissot⁹¹ la Corte de Casación “*inició un cambio en la jurisprudencia, al dejar sin efecto una sentencia que había anulado un laudo por haberse pronunciado los árbitros sobre una cuestión de orden público*”⁹². Interpretando esta resolución, se determinó que el enfoque de los tribunales estatales no debe estar en si se consideró una norma de orden público en el

⁸⁷ Caivano, Roque J. Ob. cit.

⁸⁸ Soto Pineda, Jesús Alfonso. **Comentarios acerca de la arbitrabilidad objetiva de los derechos humanos y su relación con el acceso a la justicia**. Madrid. (Consulta: Julio 19, 2022).

⁸⁹ Loc. cit.

⁹⁰ “QUISPE REMÓN, Florabel, “El derecho al juez natural -como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia”, en *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, No. 5, 2014, pp. 117 y ss, así como DIEZ-PICAZO, Ignacio, “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, No. 31, pp. 75 y ss.” Citado por: Soto Pineda, Jesús Alfonso. **Comentarios acerca de la arbitrabilidad objetiva de los derechos humanos y su relación con el acceso a la justicia**. Madrid.

⁹¹ La referencia al fallo (Cour de Cassation, 29/11/1950, in re *Tissot c. Neff*) fue tomada de Caivano, Roque J. “*Arbitrabilidad y Orden Público*”. Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico**. Sin seriación. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022), quien a su vez la tomó de ROBERT, Jean: *L'Arbitrage. Droit interne et droit international privé*, 6ª edición, ed. Dalloz, París, 1993, p. 28.

⁹² Caivano, Roque J. Ob. cit.

arbitraje, sino que lo importante es analizar si se vulneró la norma de orden público en cuestión⁹³. Posteriormente en el caso *Ganz*⁹⁴, la Corte de Apelaciones de París aceptó la facultad del tribunal arbitral de aplicar normas de orden público e incluso sancionar en los casos en que las mismas sean vulneradas, bajo el entendido de que lo anterior está sujeto al control que la o el juez de la anulación pueda llegar a efectuar⁹⁵. Algunos años después la Corte de Apelaciones de París en el caso *Labinal*⁹⁶ volvió a analizar la misma cuestión y confirmó el anterior criterio.

Por otro lado, en *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*⁹⁷, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró que sí era posible arbitrar controversias fundadas en una norma de orden público (en el caso, la norma era la que previene la discriminación por edad en el empleo), reconociendo que, aun cuando dicha legislación protege el interés público y cumple una función social, no hay inconsistencia entre dicha función social y el arbitraje, pues el arbitraje es también adecuado para tutelar los intereses públicos en cuestión⁹⁸.

Siguiendo estos criterios, el orden público no es un impedimento para arbitrar cuestiones de violaciones de derechos humanos por parte de empresas, sino únicamente una característica de las normas cuya constatación debe hacer la o el árbitro⁹⁹. No obstante, es importante resaltar la necesidad de que el laudo considere y cumpla con las normas de orden público, tanto de la sede del arbitraje donde el mismo podría ser anulado, así como del foro donde va a ser reconocido y ejecutado, para que no sea rechazado¹⁰⁰.

Una pregunta clave es determinar si es de interés general, que el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en relación con los derechos humanos sea determinado a través de un mecanismo privado de resolución de conflictos¹⁰¹. Derivado de lo antes expuesto,

⁹³ Caivano, Roque J. Ob. cit.

⁹⁴ Cour d'appel de Paris, 29/03/1991, in re *Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, Revue de l'arbitrage, 1991, N° 3, p. 478. Citado por: Caivano, Roque J. "Arbitrabilidad y Orden Público". Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico**. Sin seriación. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022).

⁹⁵ Caivano, Roque J. Ob. cit.

⁹⁶ Loc. cit.

⁹⁷ US Supreme Court, 13/05/1991, in re *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20. Disponible en línea: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/20/>> (Consulta: Julio 29, 2022).

⁹⁸ Caivano, Roque J. Ob. cit.

⁹⁹ Bianchi, Roberto A.: "Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad", *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV, pp. 75 y ss. Citado por: Caivano, Roque J. "Arbitrabilidad y Orden Público". Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico**. Sin seriación. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022).

¹⁰⁰ Soto Pineda, Jesús Alfonso. Ob. cit.

¹⁰¹ Levine, Judith, Castles, Sarah y otros. Ob. cit. P. 438.

podemos constatar que el arbitraje en controversias que involucran derechos humanos puede ser justamente un medio para asegurar la protección del orden público y en específico del orden público internacional, teniendo el tribunal arbitral la convicción de emitir el laudo preservando los principios de derecho internacional que en tribunales estatales pudieran ser violados con frecuencia, por distintos intereses locales o privados que no se encuentren alineados con el mismo.

En conclusión, la arbitrabilidad de las alegadas violaciones a derechos humanos cometidas por empresas puede ser fuertemente cuestionada, por tratarse de un tema de orden público. No obstante, consideramos que la evolución tanto de la teoría de los derechos humanos como del arbitraje, necesariamente involucra que estas disputas puedan ser resueltas por medio del mismo, con la finalidad de ampliar los mecanismos de reparación disponibles para las víctimas y suplir las deficiencias que se presentan en los juicios tradicionales. Por lo que, es precisamente en cumplimiento del orden público internacional, que un tribunal arbitral debe tener la facultad de decidir una disputa de esta materia, si las partes así lo convinieron¹⁰².

B. FORMACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL.

Toda vez que la piedra angular del arbitraje es el consentimiento de las partes para resolver su disputa por este medio, es de gran relevancia analizar la manera en que se puede formar el acuerdo arbitral en casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Para lo anterior, es necesario dividir los casos en dos: (i) aquellos en los que las partes tengan una relación contractual, como pueden ser los que se den entre la empresa y las personas que trabajan en la misma, o entre varias empresas, y (ii) aquellos en los que no existe una relación contractual y por tanto la responsabilidad alegada es extracontractual,

¹⁰² Otro argumento que valdría la pena explorar para sostener la arbitrabilidad de las disputas que involucren derechos humanos y empresas es el siguiente. Toda vez que conforme a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos, estos pueden ser violados por particulares, entonces su vigencia se convierte en la regla general. Como la disposición de orden público es excepcional, conlleva un estándar muy alto que no se alcanza si también los particulares pueden violar derechos humanos.

como pudieran ser todos los relacionados con el derecho a un medio ambiente sano y a una vivienda digna.

En el primer caso, cuando existe una relación contractual, el acuerdo arbitral puede estar contenido en el contrato relativo, ya sea de trabajo (individual o colectivo) o mercantil, o puede darse posterior al surgimiento del conflicto. No obstante, en el segundo caso, cuando la responsabilidad alegada es extracontractual, en principio no quedaría más que la opción de que el acuerdo arbitral se forme en momento posterior al surgimiento de la disputa entre las partes.

Sin embargo, Catherine Kessedjian¹⁰³ se suma a la propuesta del grupo de trabajo de La Haya de que, como una opción para la formación del acuerdo arbitral, la empresa *“puede incluir una oferta de arbitraje en sus documentos de Responsabilidad Social Corporativa o código de conducta u otro documento de divulgación pública y especificar, si lo desea, que la oferta de arbitraje incluye una propuesta para utilizar las Reglas de La Haya”*¹⁰⁴. Inclusive, las Reglas contemplan cláusulas modelo a través de las cuales las empresas en sus contratos pueden otorgar su consentimiento para que terceros beneficiarios, inicien un arbitraje en su contra¹⁰⁵.

Esta forma de manifestar el consentimiento para someter una disputa a arbitraje no es nueva, pues es comúnmente utilizada en el arbitraje de inversiones en donde los Estados incluyen en el tratado respectivo, su consentimiento para someter cualquier disputa que surja del mismo con algún inversionista extranjero, al arbitraje. Así, dejan la posibilidad al inversionista extranjero de que decida si desea tomar la opción del arbitraje, o si por el contrario prefiere acudir a los tribunales estatales. *“Esta oferta es normalmente no revocable, a menos que se prevea expresamente lo contrario”*¹⁰⁶.

¹⁰³ Profesora emérita de la universidad *Panthéon-Assas Paris II*, árbitra y mediadora.

¹⁰⁴ Kessedjian, Catherine. Ob. cit.

¹⁰⁵ Por ejemplo, para los casos en que se busque que cualquier tercero beneficiario pueda someter a arbitraje determinadas disputas, las Reglas ofrecen la siguiente redacción a incluir en el acuerdo arbitral: *“Las partes consienten irrevocablemente que cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de o en relación con: [insertar la materia definida, que puede incluir: (a) leyes nacionales seleccionadas; (b) instrumentos internacionales seleccionados; (c) otros códigos de conducta de la industria o de la cadena de suministro, compromisos estatutarios o reglamentos de órganos de gobierno deportivos, o cualquier otra norma o instrumentos] pueden ser sometidos por cualquier tercero beneficiario de dicha(s) [ley(es)] [instrumento(s)] a arbitraje de conformidad con las Reglas de La Haya sobre Arbitraje en Materia de Derechos Humanos y Empresas.”*

¹⁰⁶ Kessedjian, Catherine. Ob. cit..

Sin embargo, no es sencillo que las empresas deseen unilateralmente obligarse a resolver una disputa de este tipo en arbitraje, sin incentivos claros a cambio. Por lo anterior, es de utilidad traer a la luz los criterios ESG, cuyas siglas en inglés hacen referencia a los aspectos medioambiental, social y de gobierno corporativo, pues *“el movimiento moderno por la inversión sostenible comenzó a ganar terreno a finales de los años 90 con el desarrollo de la inversión socialmente responsable”*¹⁰⁷.

La inversión sostenible es aquella que toma en cuenta los factores medioambientales, sociales y de gobierno corporativo¹⁰⁸. A través de este modelo los inversionistas pueden excluir a las empresas que se consideren inaceptables y elegir a aquellas que reflejen un mayor cumplimiento de los criterios ESG. Derivado de lo anterior, Deloitte reconoce que *“la mirada de los inversores está fija en las compañías que tienen una estrategia de negocio con criterios ESG. No es una moda, es una realidad que muestra un cambio en la conducta de los inversores”*¹⁰⁹.

Ahora bien, los lineamientos para identificar si una estrategia está basada en los criterios ESG se encuentran en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) fijados por la ONU en 2015 (la *“Agenda 2030”*)¹¹⁰. Una de las metas del objetivo 16 *“Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”* es *“promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”*¹¹¹. De manera que, el arbitraje, *“una vía que ha demostrado ser más eficaz e incluso, garantista, que la vía tradicional que representa la justicia ordinaria”*¹¹², puede ser utilizado como una herramienta para cumplir con el citado objetivo.

Así, el incentivo que las empresas necesitan para incluir en sus documentos corporativos su consentimiento para resolver las disputas que surjan en materia de violación

¹⁰⁷ Ulrich, Emily. **Entendiendo las inversiones según criterios ESG**. Diciembre, 2016. Disponible en línea: S&P Dow Jones <<https://www.spglobal.com/spdji/es/documents/education/practice%20essentials-understanding-esg-investing-spa.pdf>> (Consulta: Julio 20, 2022).

¹⁰⁸ Loc. cit.

¹⁰⁹ Deloitte. **Qué son los criterios ESG y para qué sirven**. Diciembre 14, 2021. Disponible en línea: Deloitte <<https://www2.deloitte.com/es/es/blog/sostenibilidad-deloitte/2021/que-son-criterios-esg-para-que-sirven.html>> (Consulta: Julio 20, 2022).

¹¹⁰ Loc. cit.

¹¹¹ United Nations Procurement Division. **Objetivo 16 Paz, Justicia e Instituciones Sólidas**. Disponible en línea: UNPD <<https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals#paz-justicia-instituciones-solidas>> (Consulta: Julio 20, 2022).

¹¹² Soto Pineda, Jesús Alfonso. Ob. cit.

a derechos humanos por arbitraje, se encuentra precisamente en que estarían fortaleciendo su cumplimiento con los criterios ESG y en consecuencia con la Agenda 2030. Lo anterior toda vez que estarían accediendo a que su conducta sea analizada ya no únicamente por un juez o jueza, sino alternativamente por un árbitro o árbitra si la presunta víctima lo considera pertinente, lo cual sube el estándar de debida diligencia que se debe de emplear en la forma de hacer negocios del día a día.

En adhesión a lo anterior, la evolución de la necesidad de incluir políticas de derechos humanos y empresa en la operación diaria de las mismas se refleja en el aumento de suscriptores al Pacto Mundial de las Naciones Unidas, iniciativa que busca lograr que las empresas incorporen a sus políticas de cumplimiento, 10 principios relacionados con los derechos humanos medioambientales y laborales, así como con la lucha contra la corrupción¹¹³. Otro ejemplo es la adopción de los Principios de Ecuador, que establecen un estándar de cumplimiento para reducir los riesgos ambientales y sociales, por las instituciones financieras, quienes se comprometen a no financiar proyectos en los que el cliente no cumpla con dichos principios¹¹⁴.

Por otro lado, suele ser menos común que los tribunales arbitrales condenen a empresas por el pago de daños punitivos¹¹⁵, lo cual puede ser de suma relevancia para que el arbitraje se vuelva un mecanismo atractivo para las empresas que operan en jurisdicciones en las que los daños punitivos son una realidad legislativa.

Finalmente, el arbitraje puede ayudar a los Estados a cumplir con su obligación de proteger a las personas contra las violaciones de los derechos humanos en virtud del Pilar I de los Principios. De manera que los Estados pueden alentar o exigir a las empresas nacionales, a las empresas de propiedad estatal o controladas por el Estado, o a las empresas que reciben apoyo del Estado -como la financiación de las exportaciones o el permiso de inversión extranjera- que acepten el arbitraje de las cuestiones de derechos humanos

¹¹³ Kingo, Lise. **El Pacto Mundial de la ONU: La Búsqueda de Soluciones para Retos Globales**. Disponible en línea: ONU <<https://www.un.org/es/crónica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-búsqueda-de-soluciones-para-retos-globales>> (Consulta: Agosto 19, 2022).

¹¹⁴ Levine, Judith y Wahid, Kashpee. Ob. cit. P. 37.

¹¹⁵ Zambrana-Tévar, Nicolás Álvaro. **Can Arbitration become the Preferred Grievance Mechanism in Conflicts Related to Business and Human Rights?** Kazakhstan: Nov.29, 2014. Disponible en línea: SSRN <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531890> (Consulta: Agosto 17, 2022).

relacionadas con las empresas. Asimismo, a través de los tratados de inversión se pudiera exigir que las empresas multinacionales que se instalen en el país respectivo prevean el arbitraje como opción¹¹⁶. Las organizaciones internacionales, como el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones del Banco Mundial, pueden exigir requisitos similares a las empresas que apoyan. Este tipo de medidas puede garantizar la disponibilidad de un recurso en caso de que esas empresas tengan un impacto negativo sobre los derechos humanos¹¹⁷.

En conclusión, el acuerdo arbitral en relaciones contractuales se puede plasmar en el contrato, o de forma posterior a que surja la disputa. No obstante, en escenarios extracontractuales se vuelve más complicado. Para estos casos, las empresas pueden unilateralmente otorgar su voluntad para que las posibles víctimas, de así considerarlo conveniente, inicien un arbitraje en su contra. Para que esto sea una realidad, es necesario que las empresas cuenten con incentivos materiales que las impulsen a ofrecer el arbitraje como un mecanismo de reparación. Afortunadamente, cada vez hay más presión hacia las empresas para consolidar sus políticas de debida diligencia en temas de derechos humanos, por lo que, ofrecer el arbitraje puede ser precisamente la herramienta que las ayude a cumplir con los estándares esperados.

C. LAS REGLAS DE LA HAYA EN ARBITRAJE QUE INVOLUCRE A EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.

Las Reglas están compuestas por una serie de normas procesales que tienen el objetivo de regular los procedimientos de arbitraje específicamente en materia de violaciones a derechos humanos que se pueden cometer por parte de las empresas¹¹⁸.

1. Antecedentes.

¹¹⁶ Loc. cit.

¹¹⁷ Center for International Legal Cooperation/ The Hague. **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration Questions & Answers**. Disponible en línea: CILC <<https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2021/05/QA-The-Hague-Rules.pdf>> (Consulta: Julio 21, 2022).

¹¹⁸ **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**. Ob. cit.

En 2013, colapsó un edificio conocido como Rana Plaza, en Bangladesh, en el cual se confeccionaban productos de la industria textil. Alrededor de 1,100 personas murieron en esta tragedia y otras miles resultaron heridas¹¹⁹. Derivado de lo anterior, distintos sindicatos negociaron con las marcas de ropa más importantes, para lograr la celebración de un acuerdo, conocido como el Acuerdo de Bangladesh (también referido como el “Acuerdo”), que impusiera un estándar mínimo de cumplimiento a la cadena de suministro de las distintas marcas participantes. Así, el Acuerdo exige a las marcas (no a los productores) que se cercioren de que las fábricas que producen las prendas sean seguras, y a que, si no lo son, dejen de recibir servicios o productos de ellas. La primera versión del Acuerdo fue firmada por 200 marcas en 2013. A la fecha siguen participando 135 marcas en el mismo¹²⁰.

El objetivo principal del Acuerdo es lograr que la industria textil en Bangladesh sea segura y sostenible, a pesar de la falta de regulación bangladesí en la materia¹²¹.

Lo anterior es relevante, toda vez que el método para resolver los conflictos que se presenten entre los sindicatos y las marcas parte del Acuerdo, es precisamente el arbitraje, que posteriormente se acordó que se llevaría bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje.

Las deficiencias del acuerdo arbitral¹²² plasmado en el Acuerdo reflejaron la importancia de incluir las siguientes cuestiones en futuros acuerdos arbitrales relacionados

¹¹⁹ Westerman, Ashley. **4 Years After Rana Plaza Tragedy, What's Changed for Bangladeshi Garment Workers?** Abril 30, 2017. Disponible en línea: NPR <<https://www.npr.org/sections/parallels/2017/04/30/525858799/4-years-after-rana-plaza-tragedy-whats-changed-for-bangladeshi-garment-workers?t=1535463700982>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

¹²⁰ Christy Hoffman en: **A Latin American Approach to the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**. Ob. cit.

¹²¹ Levine, Judith y Ambast, Ashwita. **The Bangladesh Accord Arbitrations: Arbitrating Business and Human Rights Disputes**. 2020. Disponible en línea: <<https://www.qmul.ac.uk/cels/media/cels/docs/research/TCLR-1-The-Bangladesh-Accord-Arbitrations-Arbitrating-Business-and-Human-Rights-Dispute.pdf>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

¹²² Conforme a la Orden Procesal número 2 del caso número 2016-36 de la Corte Permanente de Arbitraje, la cláusula relativa a la resolución de disputas del Acuerdo, fue la siguiente: “*Resolución de disputas. Cualquier disputa entre las partes y que surja en virtud de los términos del presente Acuerdo, se presentará en primer lugar y será decidida por el Comité Directivo, el cual decidirá la disputa por mayoría de votos del Comité Directivo en un plazo máximo de 21 días a partir de la presentación de una petición por una de las partes. A petición de cualquiera de las partes, la decisión del Comité Directivo podrá ser recurrida en arbitraje definitivo y vinculante. Todo laudo arbitral será ejecutable en un tribunal del domicilio del firmante contra el que se solicite la ejecución y estará sujeto a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), cuando sea aplicable. El proceso de arbitraje vinculante, incluyendo, pero sin limitarse a, la asignación de los costos relacionados con cualquier arbitraje y el proceso de selección del árbitro, se regirán por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las modificaciones adoptadas en 2006).*”

La traducción fue realizada por la autora. Su versión original en inglés es la siguiente: “*Dispute Resolution. Any dispute between the parties to, and arising under, the terms of this Agreement, shall be first presented to and decided by the SC, which shall decide the dispute by majority vote of the SC within a maximum of 21 days of a petition being filed by one of the parties. Upon request of either party, the decision of the SC may be appealed to a final and binding arbitration process. Any arbitration award shall be enforceable in a court of law of the*

con la materia: la ley aplicable, la sede, las reglas aplicables al procedimiento, la autoridad que elegiría a la persona que presida el tribunal arbitral en caso de falta de acuerdo al respecto, y la institución administradora¹²³.

Así, al presentarse las primeras controversias derivadas del Acuerdo, en el arbitraje se visibilizaron distintos conflictos. En opinión del tribunal, el arbitraje que se presentaba no podía calificarse como de derecho público en el que participa un Estado como parte, ni como un arbitraje comercial tradicional en el que intervienen partes e intereses privados, ni siquiera como un conflicto laboral típico¹²⁴. Así, se presentaron distintos cuestionamientos respecto de: (i) el silencio del acuerdo arbitral, (ii) la naturaleza del conflicto y la posible necesidad de transparencia derivado de la misma y (iii) los límites que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establecía, al margen de actuación del tribunal arbitral para dilucidar la disputa.

El tribunal arbitral en una ocasión incluso reconoció que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no era suficiente para permitirles hacer lo que querían y lo que consideraban apropiado¹²⁵. En consecuencia, surgió la necesidad de contar con reglas adecuadas para conflictos cuyo punto central sea la posible violación de derechos humanos por parte de empresas, y en los que exista un desequilibrio evidente entre las partes en disputa. Así, surgieron las Reglas.

De conformidad con el Prefacio de las Reglas, las mismas son el producto de un proyecto de más de cinco años iniciado con la creación de un grupo de trabajo en un principio integrado por Claes Cronstedt, Jan Eijsbouts y Robert Thompson, a quienes después se incorporaron participantes adicionales.

Posteriormente, se implementó un nuevo equipo con la encomienda de elaborar un reglamento de arbitraje, especializado para casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

domicile of the signatory against whom enforcement is sought and shall be subject to The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (The New York Convention), where applicable. The process for binding arbitration, including, but not limited to, the allocation of costs relating to any arbitration and the process for selection of the Arbitrator, shall be governed by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted in 2006)."

¹²³ Levine, Judith, Castles, Sarah y otros. Ob. cit. P. 441.

¹²⁴ Martin Doe en: **A Latin American Approach to the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**. Ob. cit.

¹²⁵ Loc. cit.

En 2018, el citado equipo de trabajo lanzó un documento que contenía una serie de cuestiones fundamentales a resolver.

Una vez recibidas las respuestas, el equipo publicó un primer borrador de las Reglas y de sus comentarios.

Finalmente, el 12 de diciembre de 2019, se publicó la versión final de las Reglas, de la mano con su versión comentada¹²⁶.

Conforme a la Nota Introductoria de las Reglas, las mismas están basadas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pero con una serie de modificaciones necesarias para adaptarlo a las incidencias que las violaciones a derechos humanos por parte de las empresas, pueden implicar¹²⁷. Ahora bien, lo anterior no es obstáculo para que las Reglas sean el ordenamiento procesal rector de procedimientos arbitrales de naturaleza distinta, o con partes distintas, pues, como su legitimidad deriva de la voluntad de las partes, se sostiene la premisa de que las Reglas regirán cualquier procedimiento arbitral para el cual hayan sido elegidas por las partes.

En las Reglas no se definen los términos “derechos humanos”, “empresas” y “derechos humanos y empresas”, pues se considera a dichos términos de una manera amplia, y de conformidad con los Principios.

Como en cualquier arbitraje, las partes pueden pactar que algunas disposiciones de las Reglas sean aplicadas de una forma distinta, o no sean aplicables.

Ahora bien, las Reglas no atienden las cuestiones relativas al consentimiento para acudir a arbitraje, pero presentan una serie de cláusulas modelo que pudieran ser utilizadas para tal efecto. En el mismo sentido, la ejecución del laudo no es materia de las Reglas, pues la misma se encuentra regida por las leyes nacionales y los tratados internacionales, siendo la Convención de Nueva York, el ordenamiento aplicable para tal efecto en la mayoría de las ocasiones.

¹²⁶ **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration.** Ob. cit.

¹²⁷ Loc. cit.

Finalmente, las Reglas están destinadas a ser utilizadas en escenarios en los que ambas partes tengan los recursos para llevar un procedimiento arbitral, ya sea por capacidad económica propia, por apoyos externos o por acuerdos respecto de la asimetría en la distribución de los costos¹²⁸.

2. Objetivos.

Las Reglas fueron creadas para ofrecer una alternativa para resolver conflictos de violaciones a derechos humanos cometidas por empresas, cuando los tribunales estatales no sean el medio más efectivo o conveniente¹²⁹. Los conflictos de derechos humanos y empresas muchas veces se dan en lugares en donde los tribunales nacionales presentan fallas, son corruptos, parciales o no cuentan con el personal suficientemente calificado¹³⁰. Asimismo, el contexto sociopolítico influye en el deber de imparcialidad de los tribunales¹³¹. De forma que, las Reglas fueron diseñadas para cumplir con los criterios establecidos en el Pilar III de los Principios, proporcionando mecanismos de reparación que sean justos y efectivos¹³².

Lo anterior por la dificultad que representan los procedimientos judiciales de responsabilidad corporativa por violaciones a derechos humanos, derivado de distintas cuestiones como la *“inaccesibilidad, la falta de independencia, la corrupción, la falta de capacidad, marcos jurídicos poco desarrollados, entre otros factores”*¹³³ como el hecho de que las alegadas violaciones sean cometidas por particulares.

Por ejemplo, en México no existe una vía procesal adecuada para reclamar las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares. Si bien en el Juicio de Amparo,

¹²⁸ Loc. cit.

¹²⁹ Center for International Legal Cooperation/ The Hague. **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration Questions & Answers**. Ob. cit.

¹³⁰ CIAR Global. **Reglas de La Haya en Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos**. Enero 20, 2020. Disponible en línea: CIAR Global <<https://ciarglobal.com/reglas-de-la-haya-en-arbitraje-que-involucre-a-empresas-y-derechos-humanos/>> (Consulta: Agosto, 14, 2022).

¹³¹ CMS Law-Now. **Business Human Rights emerging as a new field of arbitration?** Sept. 30, 2021. Disponible en línea: CMS Law-Now <<https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/09/business-human-rights-emerging-as-a-new-field-of-arbitration>> (Consulta: Agosto 14, 2022).

¹³² Center for International Legal Cooperation/ The Hague. **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration Questions & Answers**. Ob. cit.

¹³³ Loc. cit.

que es el procedimiento previsto para resolver respecto de las violaciones a derechos humanos cometidas por las autoridades, se permite la presentación de casos en los que el demandado sea un particular, el mismo exige ciertos requisitos que implican que las facultades que dicho particular estaba ejerciendo al violar derechos humanos, se equiparen a las de una autoridad y las funciones estén determinadas en una norma general. Así, en el amparo directo en revisión 327/2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que para la procedencia de un amparo en contra de un particular es necesario: (i) que la autoridad invista al particular de ciertos poderes que lo pongan en una situación o posición diferenciada al resto y (ii) que el acto reclamado revista interés público, tenga que ver con una prestación de derecho social o goce de un reconocimiento jurídico¹³⁴. De no cumplir con lo anterior, la única vía restante para reclamar la violación es la ordinaria civil, acreditando los elementos de la responsabilidad civil, que implican un estándar más elevado y complicado que el de las violaciones a derechos humanos.

Asimismo, en casos llevados en tribunales se pueden presentar problemas de falta de jurisdicción, *forum non conveniens*¹³⁵, velo corporativo, lagunas en la legislación y otras figuras, especialmente cuando las demandadas son empresas transnacionales. Si agregamos a lo anterior los problemas que pudiera traer la ejecución de la sentencia y el largo tiempo que tomaría el litigio, podemos concluir que en este tipo de situaciones, las víctimas pudieran determinar que lo mejor para ellas es someter la disputa a arbitraje bajo las Reglas¹³⁶.

En consecuencia, se busca proporcionar un marco procesal adaptado especialmente para los casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas, contemplando factores como: la asimetría de las relaciones, la importancia de la transparencia del procedimiento, la incorporación de terceros afectados al arbitraje, la resolución de la controversia por personas especializadas en la materia, entre otros.

¹³⁴ **Amparo en revisión.** Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente 327/2017. CDMX, sin fecha. Disponible en línea: SCJN <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-11/AR-327-2017-191107.pdf> (Consulta: Julio 21, 2022).

¹³⁵ Figura comúnmente utilizada en el *common law*, a través de la cual las personas juzgadoras deciden no conocer de cierto caso con tinte internacional, por considerar que es más conveniente que el mismo sea desahogado en otro país, por cuestiones de eficiencia procesal, como la recabación de pruebas.

¹³⁶ Center for International Legal Cooperation/ The Hague. **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration Questions & Answers.** Ob. cit.

Además, para la celeridad del procedimiento se pretende desestimar en la fase preliminar del arbitraje, tanto las reclamaciones como las defensas que manifiestamente carecen de fundamento. Las reclamaciones, con la finalidad de ahorrar los costos de las partes, y disminuir la posible afectación en la reputación de las demandadas involucradas. Por su parte, las defensas manifiestamente infundadas se desestimarían en una etapa preliminar para frenar las estrategias que únicamente pretendan desincentivar a las posibles víctimas a continuar con el procedimiento¹³⁷.

Derivado de lo anterior, las Reglas pretenden proporcionar a las víctimas de violaciones a derechos humanos cometidas por empresas, una herramienta para hacer que las mismas rindan cuentas por las violaciones que cometan en sus actividades de negocios¹³⁸.

Asimismo, las Reglas tienen el objetivo de incrementar el cumplimiento de las empresas respecto de su responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, prevenir sus violaciones y reparar el daño que puedan causar, tanto directamente, como a través de las empresas con las que contraten o que participen en su cadena de suministro¹³⁹.

Finalmente, la sección de preguntas y respuestas de las Reglas contiene distintos escenarios para los cuales se pudiera utilizar el arbitraje bajo las Reglas, entre los cuales se encuentran los siguientes¹⁴⁰:

- (a) Como apoyo para mejorar la eficacia de los mecanismos de mediación, facilitación o reclamación a nivel operativo.
- (b) Para dar fuerza legal vinculante a los compromisos voluntarios de las empresas.
- (c) Para que las empresas ofrezcan reparación por los impactos a los derechos humanos que puedan surgir de sus operaciones.
- (d) Para que las empresas garanticen el cumplimiento de sus compromisos en materia de derechos humanos por parte de sus socios comerciales.

¹³⁷ Loc. cit.

¹³⁸ Loc. cit.

¹³⁹ Loc. cit.

¹⁴⁰ Loc. cit.

(e) Para garantizar la aplicación coherente de los acuerdos industriales multi-partes y los acuerdos globales entre empresas individuales y sindicatos.

3. Particularidades y diferencias en comparación con el arbitraje tradicional.

La intención de las Reglas es crear un marco procesal adecuado para las particularidades que se presentan en los conflictos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas. Así, la asimetría que puede existir entre las partes, el interés público de la naturaleza de la disputa, la dificultad para recabar evidencia, entre otras cuestiones relativas a que la disputa implica la violación a derechos humanos, generan la necesidad de adaptar las reglas contenidas en los reglamentos de arbitraje para disputas comerciales o de inversión, de manera que atiendan estas particularidades directamente.

El grupo de trabajo de La Haya, determinó que el arbitraje para casos de derechos humanos y empresas difiere del arbitraje comercial debido a la desigualdad entre las partes que prevalece en la mayoría de los casos, por ejemplo, respecto del acceso a la información, al financiamiento o a la asesoría de calidad. Dicha desigualdad puede extenderse a que los testigos, las víctimas o los representantes de las mismas puedan estar en una posición vulnerable¹⁴¹. Por lo anterior, a diferencia de la mayoría de los arbitrajes comerciales, para los arbitrajes de derechos humanos y empresas se propone la transparencia en el procedimiento, se dota expresamente al tribunal arbitral de amplias facultades de intervención y se proporcionan una serie de herramientas procesales, que buscan equilibrar la posición de las partes, como lo son la protección de testigos y la distribución de los costos.

Por otro lado, la sección de preguntas y respuestas de las Reglas enlista las diferencias que tiene el arbitraje de derechos humanos y empresas, respecto del arbitraje de inversión. Así, establece cinco diferencias principales: (i) el objetivo de cada uno, pues el primero busca responsabilizar a las empresas, mientras que en el segundo se pretende proteger a los

¹⁴¹ Drafting Team of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. **International arbitration of business and human rights disputes: elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the arbitral process.** Noviembre, 2018. Disponible en línea: CILC <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf> (Consulta: Julio 26, 2022).

inversionistas; (ii) el arbitraje de derechos humanos y empresas no pretende limitar el papel regulador del Estado en la protección de los derechos humanos de sus gobernados, sino que aumenta la protección para ellos; (iii) el arbitraje bajo las Reglas proporciona un foro para los perjudicados por las actividades empresariales y otras partes interesadas que históricamente han sido excluidas del arbitraje de inversión, abriéndoles la posibilidad para participar y ser protegidas mientras lo hacen; (iv) la transparencia; y (v) la especialización del tribunal arbitral¹⁴².

No obstante cada vez vemos más Estados que plantean argumentos en el marco del derecho internacional estableciendo que los tratados de inversión deben interpretarse en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este argumento ha sido aceptado por varios tribunales. Inclusive los tratados han comenzado a incluir disposiciones de derechos humanos que obligan a los inversionistas a cumplir con un determinado nivel de protección de los derechos humanos¹⁴³. Por lo tanto, cualquier alegación de que la empresa no cumplió con las obligaciones en materia de derechos humanos puede plantearse como argumentos relativos a la negligencia contributiva¹⁴⁴, o potencialmente en reconvención^{145,146}.

Como un ejemplo de un precedente de arbitraje de inversiones en el que se resolvieron con éxito cuestiones de derechos humanos, podemos citar el caso *Burlington Resources Inc. contra la República de Ecuador*, en donde, aunque Ecuador fue declarado responsable de la expropiación ilegal de la inversión de Burlington en determinadas zonas de exploración petrolífera, dicho país alegó que las actividades del inversionista habían violado la legislación medioambiental ecuatoriana causando daños. Las partes firmaron un acuerdo dotando al tribunal arbitral de competencia respecto de esta última cuestión, lo cual llevó al tribunal

¹⁴² Center for International Legal Cooperation/ The Hague. **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration Questions & Answers**. Ob. cit.

¹⁴³ Suzanne Spears en: **A Latin American Approach to the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**. Octubre 21, 2021. Ob. cit.

¹⁴⁴ Como en *Bear Creek Mining Corp v. Perú* (Caso CIADI No ARB/14/21).

¹⁴⁵ Como en *Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), *Urbaser SA v Argentina* (Caso CIADI No ARB/07/26) y *David R. Aven y otros v. República de Costa Rica* (Caso CIADI No. UNCT/15/3).

¹⁴⁶ F. Villaggi y B. Guthrie. Ob. cit.

arbitral a condenar al inversionista al pago de una indemnización de más de 40 millones de dólares¹⁴⁷.

Derivado de lo anterior, a continuación se presentan las particularidades y diferencias del arbitraje de derechos humanos y empresas, en comparación con el arbitraje comercial y el de inversión a la luz de las Reglas, de manera que se explican ciertos artículos de las Reglas que en principio difieren de la regulación y/o práctica tradicional de los arbitrajes comerciales o de inversión. Lo anterior de ninguna manera implica que las particularidades contenidas en las Reglas aquí señaladas no puedan presentarse en arbitrajes comerciales o de inversión, pues es de reconocer que derivado de la naturaleza del arbitraje, tanto las partes como el tribunal arbitral gozan de suficiente libertad como para adoptar las citadas particularidades en procedimientos de naturaleza comercial o de inversión. En ese sentido, el presente ejercicio no implica la exclusión de las cuestiones citadas entre los distintos tipos de arbitraje, sino que únicamente refleja que el grupo de trabajo de las Reglas consideró apropiado abordar las cuestiones posteriores explícitamente en las Reglas, con la finalidad de hacerlas más adecuadas para resolver casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

a. Asimetría.

Entre las particularidades contenidas en las Reglas, relacionadas con la asimetría entre las partes, se encuentran las siguientes.

El comentario 1 del artículo 5 de las Reglas establece que el tribunal arbitral debe hacer un esfuerzo para asegurar que una parte que no se encuentre bien representada, pueda presentar su caso. Lo anterior toda vez que se considera que en los conflictos de derechos humanos y empresas es muy probable que las víctimas se encuentren en una posición muy distinta a la de la demandada, y tengan dificultades para contratar una buena representación. En ese sentido, a diferencia de un arbitraje comercial en el que ambas partes son empresas y

¹⁴⁷ Levine, Matthew. **Tribunal del CIADI otorga casi USD380 millones en compensación por expropiación ilícita de Ecuador**. Sept. 26, 2017. Disponible en línea: IISD <<https://www.iisd.org/itm/es/2017/09/26/icsid-tribunal-awards-roughly-usd380-million-compensation-illegal-expropriation-ecuador-matthew-levine/>> (Consulta: Agosto 19, 2022).

se encuentran en una relación de coordinación, o de un arbitraje de inversión en el que los inversionistas y los Estados suelen tener los recursos para contratar una representación adecuada, las Reglas buscan que el tribunal arbitral pueda determinar las medidas adecuadas para la exposición del caso de la parte que lo necesite. Lo anterior se vuelve relevante derivado de que las disputas que involucran derechos humanos suelen ser de interés público y para ejecutar el laudo, es necesario que el mismo sea compatible con los derechos humanos entre los que se encuentra el acceso a la justicia, mismo que se vería quebrantado si por una situación de asimetría o falta de recursos no se logra una representación adecuada¹⁴⁸.

El artículo 11 en su numeral 1, establece que quien presida el tribunal arbitral o la o el árbitro en caso de ser una sola persona, no puede ser nacional de los Estados cuyos nacionales sean parte en el procedimiento o de cualquier Estado que sea parte, o que no sea parte pero tenga un interés en el mismo. Conforme al comentario 5 de dicho artículo, esta es una disposición estándar de los códigos de ética en el arbitraje internacional, por ejemplo las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, y permite evitar imparcialidades por cuestión de nacionalidad¹⁴⁹.

Conforme al comentario 5 del artículo 18, dicho artículo en su numeral 5 faculta al tribunal arbitral a proteger la confidencialidad de la identidad de una parte o de sus representantes frente a otras partes, cuando la revelación de dicha identidad pueda ser sensible o pueda perjudicar de alguna manera a esa parte. Lo anterior es una herramienta para evitar la intimidación entre las partes, derivado de la asimetría entre ellas¹⁵⁰.

Conforme al comentario 1 del artículo 32, dicho artículo en su numeral 2 incluye una facultad amplia, general y flexible para organizar la obtención de pruebas de la manera que se considere más adecuada a las circunstancias del caso, buscando establecer un equilibrio con respecto a la obtención de pruebas, considerando la equidad, la eficacia, la adecuación cultural y la compatibilidad con los derechos humanos. Lo anterior, conforme al comentario 2 del mismo artículo, permite al tribunal arbitral responder a la posible desigualdad de herramientas y de acceso a las pruebas entre las partes. Entre las herramientas de que dispone

¹⁴⁸ **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration.** Ob. cit.

¹⁴⁹ Loc. cit.

¹⁵⁰ Loc. cit.

el tribunal arbitral para abordar estas cuestiones están: los procedimientos de presentación de documentos, la capacidad de limitar el alcance de las pruebas presentadas y la facultad de sancionar el incumplimiento de las órdenes de presentación de pruebas mediante inferencias adversas o la reversión de la carga de la prueba¹⁵¹.

b. Interés público y derechos humanos.

Entre las particularidades contenidas en las Reglas, relacionadas con el interés público y otras características de los conflictos de derechos humanos, se encuentran las siguientes.

El comentario 4 del artículo primero establece el deber del tribunal arbitral de asegurar que las personas físicas hayan dado su consentimiento adecuado e informado para arbitrar la disputa bajo las Reglas, en especial en los casos de responsabilidad extracontractual, sin basarse en presunciones injustificadas. Lo anterior pareciera implicar una diligencia superior al analizar el consentimiento de las personas físicas, considerando que en la práctica del arbitraje comercial incluso se han desarrollado teorías que permiten admitir al arbitraje a partes no signatarias del acuerdo arbitral¹⁵².

El artículo 18 numeral 1 establece la obligación del tribunal arbitral de llevar el procedimiento de forma que se eviten retrasos y gastos innecesarios y se ofrezca un proceso justo, eficiente, culturalmente apropiado y compatible con los derechos humanos, para resolver el conflicto, incluyendo en particular la consideración de la urgencia de abordar los alegados impactos sobre los derechos humanos¹⁵³.

El artículo 47 que regula la terminación del procedimiento arbitral por acuerdo de las partes, establece que las partes pueden solicitar al tribunal arbitral, que al acuerdo se le dé la forma de un laudo. Dicho artículo en su numeral 1 exige que el tribunal arbitral esté de acuerdo por unanimidad respecto de la compatibilidad del laudo, con los derechos humanos. Conforme al comentario 1 del citado artículo, el mismo ofrece una garantía al público en

¹⁵¹ Loc. cit.

¹⁵² Loc. cit.

¹⁵³ Loc. cit.

general de que, sea cual sea el contenido de un acuerdo, éste ha sido considerado compatible con los derechos humanos por unanimidad del tribunal arbitral conformado al menos por una persona experta en el tema de derechos humanos y empresas¹⁵⁴.

Conforme al artículo 45 numeral 2, en el laudo se puede ordenar una compensación monetaria y una reparación no monetaria, incluyendo la restitución, rehabilitación, satisfacción, el cumplimiento específico y la provisión de garantías de no repetición. El laudo también puede contener recomendaciones sobre otras medidas que ayuden a resolver la disputa subyacente y a prevenir futuras disputas o la repetición del daño, que sólo serán vinculantes si así lo acuerdan las partes. En el numeral 3 de dicho artículo se establece que el tribunal arbitral podrá, a petición de una de las partes, estipular cualquier sanción, monetaria o de otro tipo, que considere apropiada por el incumplimiento de cualquier medida no monetaria contenida en su laudo. Conforme al comentario 1 de este artículo, la lista ilustrativa de los tipos de reparación se basa en el comentario al Principio 25 de los Principios, que es el “principio fundamental” del acceso a la reparación bajo el Pilar III de los mismos. Además, el comentario 3 del citado artículo establece que el requisito de compatibilidad con los derechos humanos ayuda a cumplir con el deber del tribunal arbitral de dictar un laudo ejecutable, asegurando que haya considerado las cuestiones potenciales de cumplimiento con el orden público que puedan surgir en el arbitraje de derechos humanos y empresas, en particular las que surjan bajo la ley de la sede del arbitraje y el lugar o lugares probables de ejecución del laudo¹⁵⁵.

Al referirse a la ley que debe aplicar el tribunal arbitral, el artículo 46 de las Reglas hace referencia a los términos “ley, reglas de derecho o normas”, lo cual de conformidad con el comentario 2 de dicho artículo, abre la posibilidad a que las partes designen, y el tribunal arbitral aplique, normas procedentes de diferentes sistemas jurídicos o incluso de fuentes no nacionales, códigos de conducta de la industria o de la cadena de suministro, compromisos estatutarios, reglamentos de organismos de gobierno del deporte o cualquier otra norma pertinente (empresarial y) de derechos humanos. Asimismo, el comentario 3 del citado

¹⁵⁴ Loc. cit.

¹⁵⁵ Loc. cit.

artículo establece la importancia de considerar la posible relevancia directa o indirecta de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de cualquiera de los Estados implicados en la controversia, ya sea como partes o como Estado de la nacionalidad de alguna de las partes¹⁵⁶.

c. Transparencia.

Para cumplir con la transparencia que ameritan las disputas que involucran derechos humanos, el artículo 39 establece la obligación del “depositario” (que según el artículo 43 es la Corte Permanente de Arbitraje) de poner rápidamente a disposición del público la información relativa al nombre de las partes, el sector económico implicado y el instrumento jurídico en virtud del cual se presenta la reclamación¹⁵⁷.

En el artículo 40 numeral 1 se enumeran los documentos que deben hacerse públicos, bajo el entendido de que según el comentario 2 de dicho artículo, la lista se limita a los documentos necesarios para dar a conocer al público los arbitrajes en materia de derechos humanos y empresas y para alimentar una cultura de protección de los derechos humanos, promoviendo la sensibilización y la seguridad jurídica, considerando los costos directos de acceso y publicación de la información y las implicaciones para la reputación de las partes¹⁵⁸.

El artículo 41 en el numeral 1 establece que las audiencias para la presentación de pruebas o para los alegatos orales serán públicas¹⁵⁹.

A pesar de lo anterior, las Reglas contienen una serie de excepciones a la transparencia, mismas que se mencionan a continuación.

El artículo 38 numeral 5 establece que si todas las partes son personas jurídicas de carácter comercial y el tribunal arbitral determina que no existe interés público en la

¹⁵⁶ Loc. cit.

¹⁵⁷ Loc. cit.

¹⁵⁸ Loc. cit.

¹⁵⁹ Loc. cit.

controversia, podrá, de oficio o a petición de parte, y tras permitir que las partes expresen su postura, decidir no aplicar las reglas de transparencia¹⁶⁰.

Asimismo, el artículo 42 establece que la información confidencial o protegida no será revelada, considerando como tal: (a) nombres y direcciones de las partes y de sus representantes protegidos por una orden del tribunal arbitral, así como de las y los testigos protegidos; (b) información comercial confidencial, información que haya sido clasificada como secreta por un gobierno o una institución pública internacional y cualquier otra información considerada confidencial bajo cualquier otro motivo de confidencialidad que el tribunal arbitral determine como imperativo; (c) información cuya divulgación al público está protegida en virtud del acuerdo de arbitraje; (d) información cuya divulgación al público está protegida en virtud de cualquier ley o norma; (e) información cuya divulgación impediría la aplicación de la ley; y (f) información cuya no divulgación es necesaria para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico y la privacidad de las partes, las y los testigos, las y los representantes u otras personas¹⁶¹.

d. Especialidad.

En el comentario 1 del artículo 11 de las Reglas se hace constar que dicho artículo fue agregado con la finalidad de asegurarse de que las y los árbitros se encuentren calificados para resolver la controversia. Con este artículo el grupo de trabajo decidió suplir la voluntad de las partes, en caso de que las mismas no establezcan algo al respecto, para asegurarse de que quien presida el tribunal arbitral o la o él árbitro, en caso de que sea una sola persona, efectivamente cuenten con experiencia en la materia, agregando que estas personas deben contar con un alto carácter moral, lo cual conforme al comentario 3 del mismo artículo, también se exige en la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), así como los tribunales regionales de derechos humanos y los

¹⁶⁰ Loc. cit.

¹⁶¹ Loc. cit.

organismos cuasi-judiciales de la ONU que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos¹⁶².

e. Herramientas procedimentales.

Entre las particularidades contenidas en las Reglas, relacionadas con las herramientas procedimentales con que cuentan las partes y el tribunal arbitral, se encuentran las siguientes.

Conforme al artículo 19 numeral 1, las reclamaciones que contengan cuestiones significativamente comunes de hecho y de derecho deberán ser escuchadas en un mismo procedimiento. Así, se faculta al tribunal arbitral a adoptar procedimientos especiales adecuados al número, carácter, cuantía y objeto de las reclamaciones particulares consideradas¹⁶³.

Dada la posibilidad de que se presenten reclamaciones sin fundamento, el artículo 26 pretende establecer un procedimiento acelerado para eliminar las reclamaciones y defensas manifiestamente infundadas en la fase preliminar de un arbitraje, bajo el entendido de que, conforme al comentario 2 de dicho artículo, la palabra “manifiestamente” implica que la falta de fundamento debe ser clara y obvia tras un examen preliminar sin necesidad de probar los hechos. Esto con la finalidad de que las reclamaciones manifiestamente improcedentes no afecten la reputación de la empresa durante todo el arbitraje, y por el otro lado, para impedir que las defensas manifiestamente improcedentes intimiden a las partes respectivas¹⁶⁴.

El artículo 28 numeral 1 permite que, previa consulta con las partes, el tribunal arbitral pueda invitar o permitir que una persona o entidad que no sea parte, presente un escrito en relación con un asunto dentro del ámbito de la controversia, que sea apropiado según el contexto del caso¹⁶⁵.

¹⁶² Loc. cit.

¹⁶³ Loc. cit.

¹⁶⁴ Loc. cit.

¹⁶⁵ Loc. cit.

El artículo 30 proporciona un procedimiento simplificado de medidas cautelares en relación con el Reglamento de la CNUDMI, con la finalidad de dotar de la máxima flexibilidad al tribunal arbitral en la tramitación de las solicitudes de medidas cautelares, permitiendo así conforme al comentario 1 de dicho artículo, un mayor espacio para el desarrollo de la práctica, en el contexto del arbitraje de empresas y derechos humanos. Posteriormente, el artículo 31 contempla la necesidad de que se dicten medidas cautelares previo a la constitución del tribunal arbitral, en cuyo caso la autoridad administradora designará a la o el árbitro que resuelva la cuestión, cuya resolución tomará la forma de una “orden”¹⁶⁶.

A manera de conclusión, las Reglas pretenden ofrecer una normativa procesal para arbitrajes en materia de derechos humanos y empresas, buscando adaptar el procedimiento normalmente seguido en arbitrajes comerciales o de inversión, para ser compatible con las exigencias que un caso con las características particulares que involucra una disputa de derechos humanos y empresas, puede tener. Para eso, se incluyen disposiciones para contrarrestar la asimetría de las partes, hacer al arbitraje compatible con un procedimiento cuya litis es la violación de derechos humanos, procurar la transparencia, buscar la resolución por una persona experta, entre otras herramientas procedimentales.

D. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CASOS DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE EMPRESAS.

Una vez analizado el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, las particularidades de los conflictos de derechos humanos y empresas, la viabilidad de someter los mismos a arbitraje, así como las Reglas como un mecanismo para auxiliar en lo anterior, en el presente apartado se pretende destacar los beneficios y las complicaciones que pudieran derivar de utilizar el arbitraje como un medio de solución de conflictos para casos en los que se aleguen violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

¹⁶⁶ Loc. cit.

1. Beneficios.

En el apartado anterior se explicaron algunas particularidades previstas en las Reglas para arbitrajes en materia de derechos humanos y empresas. En este apartado se expondrán aquellas particularidades que consideramos pudieran reforzar que el arbitraje sea un medio eficaz para resolver conflictos de derechos humanos y empresas.

a. Compatibilidad con los derechos humanos.

El arbitraje puede ser un medio amigable para resolver disputas que involucren derechos humanos, por los siguientes motivos.

Al ser un método alternativo de solución de conflictos, el arbitraje propicia la resolución del conflicto por un acuerdo colaborativo como lo es a través de la mediación¹⁶⁷.

Especialmente en casos internacionales, a través del arbitraje aumenta la probabilidad de que el procedimiento se lleve de forma culturalmente apropiada según el origen de cada una de las partes y compatible con los derechos humanos, de conformidad con las distintas legislaciones que puedan tener puntos de contacto relevantes con el caso. Pues, a diferencia de un juez o jueza que tiene una perspectiva local o nacional del derecho y la cultura, se pretende que el tribunal arbitral vaya más allá de estas barreras para garantizar un procedimiento justo y eficiente.

En el arbitraje se puede pactar el idioma en que se llevará el procedimiento, o el mismo puede ser elegido por el tribunal arbitral. El comentario 2 del artículo 21 de las Reglas remarca la importancia del idioma para el acceso a la justicia¹⁶⁸. Así, a través del arbitraje, el tribunal arbitral puede prestar especial atención a la mejora del acceso a la justicia y a la reducción de los costos mediante el uso razonable de uno o varios idiomas, la traducción y

¹⁶⁷ Loc. cit.

¹⁶⁸ Loc. cit.

la interpretación, sólo cuando ello sea necesario. Lo anterior a diferencia de recurrir a un procedimiento judicial, en donde el idioma necesariamente sería el del foro, independientemente del acceso a la justicia de las partes, o de los costos que ello implique.

Para las personas trabajadoras, las comunidades y otras personas que puedan verse perjudicadas por las operaciones de una empresa, el arbitraje bajo las Reglas será atractivo si existe un riesgo grave de que, por cualquier motivo, los tribunales nacionales u otras instituciones nacionales no puedan proporcionar una solución oportuna y significativa a las violaciones¹⁶⁹.

Asimismo, en casos en los que una empresa se encuentre entrando a una nueva región y exista resistencia social al respecto, el incluir el arbitraje como una posibilidad para resolver las disputas relacionadas con derechos humanos que se generen puede ser la herramienta que desbloquee el conflicto y de pie a la inversión¹⁷⁰.

Toda vez que el arbitraje es más rápido que un litigio tradicional, dicho mecanismo pudiera resultar adecuado en muchas ocasiones toda vez que *“la rapidez puede proporcionar a las víctimas la compensación emocional de la que se ven privadas en casos de litigios judiciales increíblemente demorados”*¹⁷¹.

b. Flexibilidad del procedimiento.

La flexibilidad del procedimiento arbitral es otra de las cuestiones clave, por la cual el arbitraje puede ser la opción ideal para lograr la reparación efectiva, por los siguientes motivos.

En el arbitraje se evitan los problemas para decidir si determinado tribunal nacional tiene jurisdicción respecto de la disputa¹⁷². Asimismo, los problemas respecto de la ley aplicable se vuelven menos relevantes, toda vez que el arbitraje es un mecanismo de

¹⁶⁹ Center for International Legal Cooperation/ The Hague. **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration Questions & Answers**. Ob. cit.

¹⁷⁰ Martin Doe en: **A Latin American Approach to the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**. Ob. cit.

¹⁷¹ Zambrana-Tévar, Nicolás Álvaro. Ob. cit.

¹⁷² Loc. cit.

resolución de conflictos orientado a los hechos que da mucha más importancia a las pruebas claras de los daños que a las complicadas y en ocasiones irrelevantes discusiones jurídicas¹⁷³.

Asimismo, el arbitraje permite que todas las personas físicas o morales involucradas en la disputa comparezcan a exponer su versión del caso, lo que impulsa a que el tribunal arbitral tenga todos los hechos necesarios para resolver el caso. Por ejemplo, si una víctima inicia un arbitraje en contra de la empresa A por una determinada violación a sus derechos humanos, pero la empresa A considera que la citada violación no fue cometida por ella si no por la empresa B que es parte de su cadena de suministro, entonces la empresa A podría incluir a la empresa B en el arbitraje, para que el tribunal arbitral determine en su caso, a quién le corresponde la responsabilidad. Lo anterior siempre que exista un acuerdo arbitral de por medio. Este es un ejemplo de la forma en que la flexibilidad del procedimiento arbitral puede ser benéfica para este tipo de conflictos.

A diferencia del procedimiento judicial que es más rígido, el tribunal arbitral puede modificar los términos/plazos para que los mismos se adapten a las circunstancias del caso y de las partes, y así garantizar que las partes cuenten con el espacio suficiente para probar su caso, sin que se alargue el procedimiento de forma innecesaria.

Asimismo, la flexibilidad del procedimiento arbitral permite que una parte pueda modificar o complementar su demanda o contestación para llevar a cabo una compensación (cuando las partes se deban prestaciones mutuas), a menos que el tribunal arbitral lo considere inapropiado teniendo en cuenta el retraso en su realización, el perjuicio para otras partes o cualquier otra circunstancia¹⁷⁴.

Dada la posibilidad de que se presenten demandas infundadas que podrían acarrear costosos litigios y consecuencias para la reputación de las partes demandadas, así como defensas infundadas que podrían utilizarse para desalentar una demanda o incluso para intimidar a las partes demandantes, el artículo 26 de las Reglas pretende establecer un

¹⁷³ Loc. cit.

¹⁷⁴ **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration.** Ob. cit.

procedimiento acelerado para desechar las demandas y defensas manifiestamente infundadas en la fase preliminar de un arbitraje¹⁷⁵.

La obtención de pruebas por medio de la asistencia judicial mutua puede requerir mucho tiempo. En algunas jurisdicciones, como Suiza, incluso los interrogatorios transfronterizos de testigos por videoconferencia no suelen estar permitidos más allá del proceso de asistencia jurídica mutua. Estos obstáculos no existen en el contexto del arbitraje internacional¹⁷⁶. El arbitraje permite que el tribunal arbitral pueda establecer un equilibrio entre una serie de factores con respecto a la obtención de pruebas, especialmente la equidad, la eficacia, la adecuación cultural y la compatibilidad de derechos, pues cuenta con una facultad amplia, general y flexible para organizar la obtención de pruebas de la forma que se considere más adecuada a las circunstancias del caso¹⁷⁷. Lo anterior se puede lograr a través de la adecuación de los procedimientos de presentación de documentos, la facultad de limitar el alcance de las pruebas presentadas y la de sancionar el incumplimiento de las órdenes de presentación de pruebas mediante inferencias adversas o la inversión de la carga de la prueba¹⁷⁸.

El arbitraje también permite la protección de la identidad de las partes o testigos cuando se argumente un peligro evidente, sin depender de la legislación del foro y la burocracia que esta pueda implicar.

Asimismo, en el arbitraje el tribunal arbitral puede determinar la necesidad de nombrar a ciertos peritos para que proporcionen su opinión experta en ciertas cuestiones, sin depender de que la legislación aplicable lo permita. Lo anterior con la finalidad de contar con toda la información necesaria para emitir el laudo.

¹⁷⁵ Loc. cit.

¹⁷⁶ CMS Law-Now. **Business Human Rights emerging as a new field of arbitration?** Ob. cit.

¹⁷⁷ **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration.** Ob. cit.

¹⁷⁸ Loc. cit.

Otra ventaja del arbitraje es que las partes pueden acordar mutuamente modificar las reglas bajo las cuales se conducirá el procedimiento y decidir cuáles disposiciones les aplican de acuerdo con sus necesidades¹⁷⁹.

Problemas comúnmente presentados en el litigio de este tipo de casos en tribunales nacionales como el *forum non conveniens* o el velo corporativo¹⁸⁰, pueden ser superados en el arbitraje. Respecto del primero, se elimina de entrada por encontrarnos ante un mecanismo consensual. En cuanto al velo corporativo, que en muchas ocasiones protege a la empresa matriz respecto de las actuaciones de sus subsidiarias, el arbitraje permite un análisis menos legalista y más riguroso respecto de los aspectos de fondo considerados en el caso, y el acuerdo de legislación aplicable puede implicar un espectro más amplio.

c. Compensación de asimetrías.

A través del arbitraje se pueden hacer esfuerzos para nivelar la asimetría que existe entre las partes, pues el tribunal arbitral tendría la obligación de asegurarse que todas las partes puedan exponer adecuadamente su caso, especialmente en los casos en que una de las partes se enfrente a obstáculos para acceder a la justicia, como el desconocimiento del mecanismo, la falta de representación adecuada, el idioma, la alfabetización, los costos, la ubicación física o el temor a las represalias¹⁸¹.

Al elegir los lugares en que se llevarán a cabo las audiencias, el tribunal arbitral puede tomar en cuenta los obstáculos al acceso a la justicia, las consideraciones relativas a la seguridad, la privacidad y la confidencialidad de las partes, los testigos y los representantes, así como la posibilidad de agravar los conflictos entre las partes interesadas. Lo anterior a diferencia de un procedimiento en tribunales en donde se tendría que acudir al recinto judicial sin muchas excepciones¹⁸².

¹⁷⁹ Martínez Quintero, Juana. **Arbitraje de empresas y Derechos Humanos**. Colombia: Agosto 28, 2021. Disponible en línea: Asuntos legales <<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juana-martinez-quintero-3223572/arbitraje-de-empresas-y-derechos-humanos-3223576>> (Consulta: Agosto 17, 2022).

¹⁸⁰ Meeran, Richard. Ob. cit.

¹⁸¹ The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. Ob. cit.

¹⁸² Loc. cit.

El fenómeno del financiamiento del arbitraje por terceras personas (“TPF” por sus siglas en inglés) ha ido incrementando en el arbitraje internacional. No obstante, el TPF como tal no ha estado muy al alcance de las víctimas de los derechos humanos, sino que se utiliza principalmente para reclamaciones comerciales¹⁸³. Así, el arbitraje como mecanismo de resolución de estas disputas pudiera propiciar la utilización del TPF para incrementar el acceso a la justicia, y por su flexibilidad, permitiría que el tribunal arbitral obligue a las partes a que revelen si están recibiendo TPF, así como las características de las partes involucradas, lo cual no necesariamente sería posible en tribunales bajo la legislación aplicable. El TPF propiciaría un mayor acceso a la justicia por parte de las víctimas que no tienen los recursos para iniciar un procedimiento para buscar justicia, y la flexibilidad del arbitraje cuenta con las medidas necesarias para que el TPF no sea mal utilizado por competidores u otras personas con intereses adversos.

d. Especialidad en el estudio y la resolución.

El arbitraje exige del tribunal arbitral un estándar alto de imparcialidad con base en las buenas prácticas internacionales y un conocimiento especializado en la materia que se va a resolver. Lo anterior es de gran relevancia en casos de violaciones a derechos humanos pues implica que la persona que va a decidir, tiene la sensibilidad y experiencia necesarias para analizar el caso y emitir un laudo. Por el contrario, en los países en los que se pudieran estar presentando los casos en estudio, es probable que los tribunales nacionales no estén familiarizados con la realidad económica y política extranjera para contextualizar el conflicto¹⁸⁴. Así por ejemplo, las Reglas exigen que ya sea quien presida el tribunal arbitral o en caso de que sea una sola persona, la o el árbitro cuente con experiencia en las áreas relevantes de la disputa, como podrían ser la reglamentación y la práctica relacionada con derechos humanos y empresas, así como el marco legal de la industria respectiva¹⁸⁵.

¹⁸³ Drafting Team of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. **International arbitration of business and human rights disputes: elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the arbitral process**. Ob. cit.

¹⁸⁴ CMS Law-Now. **Business Human Rights emerging as a new field of arbitration?** Ob. cit.

¹⁸⁵ CMS Law-Now. **Business Human Rights emerging as a new field of arbitration?** Ob. cit.

e. Reducción de costos.

Aún cuando el arbitraje es un mecanismo privado que por naturaleza suele ser costoso, el hecho de que los laudos no puedan ser recurridos hace que los costos totales puedan ser menores que largos procedimientos judiciales¹⁸⁶.

Asimismo, derivado de la naturaleza de estos conflictos, es posible que las personas integrantes del tribunal arbitral cobren honorarios menores a los ordinarios, como fue el caso de los arbitrajes promovidos bajo el Acuerdo de Bangladesh, en donde la Corte Permanente de Arbitraje animó a los árbitros a cobrar honorarios mucho más bajos que los habituales¹⁸⁷.

2. Complicaciones.

*“El arbitraje no es una panacea, y no es apropiado o factible para todas las circunstancias posibles”*¹⁸⁸. Así, a continuación se desarrollan una serie de complicaciones que se pueden presentar al resolver disputas de derechos humanos y empresas, a través de arbitraje.

a. Dificil acceso.

Las personas afectadas por conflictos de violaciones de derechos humanos por parte de empresas, en muchas ocasiones, no están familiarizadas con las particularidades del arbitraje y pueden no tener los medios para informarse al respecto. Además, en numerables casos un individuo aislado no podrá emprender un procedimiento de este tipo, por la sola razón de que será muy caro¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Zambrana-Tévar, Nicolás Álvaro. Ob. cit.

¹⁸⁷ Kessedjian, Catherine. Ob. cit.

¹⁸⁸ F. Villaggi y B. Guthrie. Ob. cit.

¹⁸⁹ Kessedjian, Catherine. Ob. cit.

b. Dificultades en la ejecución: reserva comercial.

Si bien en principio la ejecución de laudos arbitrales se ha vuelto muy eficaz derivado de la Convención de Nueva York, también es importante considerar que conforme a su artículo 1 sección 3, los Estados pueden hacer reservas cuando la disputa no sea comercial. Alrededor de 50 Estados han hecho la respectiva reserva, estableciendo que la Convención de Nueva York sólo aplicará a disputas comerciales. Asimismo, muchas legislaciones arbitrales nacionales se limitan a asuntos comerciales¹⁹⁰.

Las Reglas establecen que al usarlas se acepta que la disputa es comercial¹⁹¹. Aunque ese no es el medio adecuado para determinarlo, se espera que el tribunal correspondiente, al decidir, le dé cierto peso a la voluntad de las partes y no se abstenga de ejecutar el laudo derivado de que la disputa no sea comercial. No obstante, lo anterior no se puede tener por asegurado desde el inicio, y podría presentar un gran riesgo para las partes, pues, habiendo pasado por todo un procedimiento en el que se busca la reparación de una violación a derechos humanos, es posible que no puedan concretar el último paso.

c. Dificultades en el pacto del derecho aplicable.

Otra de las complicaciones es el acuerdo de derecho aplicable. En los casos contractuales o en los que el acuerdo arbitral se pacte por las partes de forma posterior al conflicto, no es preocupante pues probablemente el derecho aplicable será uno de los asuntos previstos. No obstante, esta cuestión se vuelve relevante en los casos en que el arbitraje es derivado de una opción que la empresa le ha dado *a priori* a las posibles víctimas, pues, para que exista un acuerdo de derecho aplicable la empresa tendría que pre-establecerlo, lo que impondría una condición para someterse a arbitraje (pues el mismo tendría que llevarse bajo

¹⁹⁰ Drafting Team of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. **International arbitration of business and human rights disputes: elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the arbitral process.** Ob. cit.

¹⁹¹ **The Hague Rules on Business and Human Rights.** Ob. cit.

la legislación preestablecida). El problema se presenta cuando el derecho aplicable no es uno amigable en las regulaciones en materia de empresas y derechos humanos. Lo anterior toda vez que, como se mencionó en el capítulo anterior, las legislaciones nacionales tienden a contar con una serie de lagunas para responsabilizar a las empresas por violaciones a derechos humanos, y existen ciertas legislaciones con un estándar de cumplimiento mucho más bajo que la media.

No obstante, consideramos que en la práctica, si una empresa está ofreciendo unilateralmente la opción de arbitrar estas disputas, lo haría para elevar su estándar de cumplimiento con sus compromisos en materia de derechos humanos, por lo que incluir una legislación no favorable para conflictos de derechos humanos no tendría sentido, pues volvería ineficaz este intento de mejorar su estándar de cumplimiento.

d. Arbitrariedad del tribunal arbitral.

Las Reglas descansan mucho en que el tribunal arbitral realmente tome las decisiones adecuadas y, por ende, esté capacitado para ello, como la admisión de partes adicionales, la modificación de plazos, las decisiones respecto del grado de transparencia en el arbitraje o el procedimiento que se determine para presentar las pruebas¹⁹². No obstante, considerando que los errores se dan por seguro en un procedimiento humano como este, no existe un recurso directo al cual acudir cuando la decisión del tribunal arbitral no haya sido conforme a los derechos humanos o el derecho aplicable.

Lo anterior, a diferencia de que el conflicto se resolviera en tribunales nacionales, pues en los mismos existen una serie de recursos para subsanar lo anterior. Así, un mínimo error en el arbitraje pudiera conllevar a que se aplique la pena máxima: la nulidad, el no reconocimiento o la no ejecución del laudo. En conclusión, es un riesgo muy grande decidir acudir a arbitraje cuando existe la posibilidad de que todo el esfuerzo reflejado en los costos y el cansancio emocional que amerita participar en un procedimiento adversarial, sean en

¹⁹² Loc. cit.

vano pues por una u otra razón, el laudo puede no tener manera de hacerse cumplir en los foros relevantes.

e. Dudas respecto de la arbitrabilidad.

Como ya se desarrolló en el apartado respectivo, la arbitrabilidad de la disputa se vuelve un reto importante. Si bien la evolución del concepto “orden público internacional” y en general del ámbito de aplicación y la importancia del derecho internacional han abierto el camino para que los conflictos de violaciones a derechos humanos puedan ser sometidos a arbitraje, siempre existe la posibilidad de que un tribunal nacional tenga un criterio más conservador.

La arbitrabilidad de estas disputas puede argumentarse precisamente con la justificación de que se está cumpliendo el orden público internacional y el derecho internacional, pero la forma tradicional de verlo ha sido que los derechos humanos son de orden público y que las materias de orden público no son arbitrables. Incluso, el comentario 2 del artículo 20 de las Reglas establece que las partes y el tribunal arbitral deben tener cuidado en elegir una sede del arbitraje en la que estas disputas sean arbitrables¹⁹³.

f. Altos costos.

Si bien conforme a las Reglas el tribunal arbitral puede establecer mecanismos distintos al principio básico de que la parte perdedora paga el litigio, lo cual tiene la finalidad de incentivar a las víctimas a acudir al arbitraje, pero al mismo tiempo desincentivar reclamos infundados¹⁹⁴, o ajustar el cobro del anticipo conforme a las necesidades de cada parte, la realidad es que los altos costos del arbitraje son un obstáculo importante a considerar, sobre

¹⁹³ Loc. cit.

¹⁹⁴ Levine, Judith, Castles, Sarah y otros. Ob. cit. P. 446.

todo cuando tomamos en cuenta que por lo general las víctimas de violaciones a derechos humanos por parte de empresas no suelen tener los recursos suficientes para defenderse.

g. Abusos en el acuerdo arbitral por la asimetría entre las partes.

El arbitraje descansa en el pilar básico de la voluntad de las partes. Así, el acuerdo arbitral puede contener cuantos pactos relativos a la forma de llevar el arbitraje, como las partes lo consideren relevante. Dada la asimetría en que se suelen encontrar las víctimas de derechos humanos, es probable encontrar acuerdos arbitrales que contengan pactos totalmente benéficos para las empresas, como respecto de la confidencialidad del procedimiento, la ley aplicable, la sede, los costos, entre otros.

Derivado de lo anterior surge la pregunta obligada de si el tribunal arbitral puede modificar esas regulaciones secundarias que las partes acordaron, por considerarlas incompatibles con los derechos humanos, o si por el contrario para sostener su competencia, tiene que apegarse a ellas, pues ambas cuestiones surgen del mismo pacto. Las autoridades jurisdiccionales cuentan con facultades suficientes para no dotar de fuerza legal a ciertos acuerdos de las partes, cuando los mismos no cumplen con el mínimo exigido por la legislación. Pero, es debatible si lo mismo pueda decirse del tribunal arbitral, cuando su existencia y competencia se funda en el acuerdo que se busca modificar. La situación planteada implica un obstáculo adicional para acudir al arbitraje.

h. Regulación local desfavorable.

Inclusive las propias regulaciones estatales en relación con el arbitraje pueden ser una limitante *per se*, para la eficacia del arbitraje en casos de violaciones a derechos humanos por

parte de empresas¹⁹⁵. Por lo anterior es importante considerar con precaución la elección de la sede del arbitraje y del derecho aplicable a la controversia.

i. Lagunas en casos de litisconsorcio.

En los arbitrajes con litisconsorcio activo (múltiples partes demandantes) se presenta la problemática respecto de la forma adecuada para que cada una de las personas que demanda manifieste su consentimiento y sea representada a lo largo del arbitraje, considerando que el conflicto versará sobre cuestiones tan delicadas como lo son los derechos humanos. Asimismo, queda la duda de si en el arbitraje se podrían implementar mecanismos como el *opt-out*, que ha sido útil en distintas jurisdicciones para que, cuando varias personas sufrieron el mismo daño, todas constituyan la parte demandante a menos de que manifiesten su voluntad en contrario; o si necesariamente, por la naturaleza del mecanismo, sería necesario un *opt-in* en donde se requiera la voluntad expresa de cada una de las personas afectadas para participar.

Por otro lado, en los casos de litisconsorcio pasivo (múltiples partes demandadas) podría presentarse una situación en la que alguna de ellas no haya consentido a someterse a arbitraje. Así, el tribunal arbitral sería quien debiera decidir si es posible extender el acuerdo arbitral a la parte no signataria por su involucramiento en la disputa, o si por el contrario, no es competente respecto de dicha parte, caso en el cual se volvería ineficiente la resolución de la disputa sin todas las partes involucradas¹⁹⁶.

En conclusión, el arbitraje para casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas presenta una serie, tanto de beneficios, como de complicaciones que será necesario tomar en cuenta al momento de decidir si en un determinado conflicto, el arbitraje es la mejor herramienta para conseguir la reparación efectiva del daño.

¹⁹⁵ Eduardo Zuleta en: *A Latin American Approach to the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. Ob. cit.

¹⁹⁶ Kessedjian, Catherine. Ob. cit.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo efectuamos un análisis de la eficacia de someter a arbitraje la resolución de conflictos derivados de supuestas violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Para lo anterior, en el primer capítulo se expuso el arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos de naturaleza adversarial y privada. Asimismo, se explicó cómo, para la formación del acuerdo arbitral, es fundamental que exista el consentimiento de las partes de resolver su disputa en arbitraje. Se desglosaron las distintas clasificaciones del arbitraje de manera que: (a) según su objeto, el arbitraje puede ser comercial, de inversión o de derecho público, (b) según las partes que intervienen, puede ser de dos partes o multipartes, (c) según su alcance, puede ser nacional o internacional, (d) según la forma de administración del procedimiento, puede ser institucional o *ad hoc* y (e) según el fundamento con base en el cual se resolverá el conflicto, puede ser de derecho o de equidad.

Posteriormente se expusieron las características fundamentales del procedimiento arbitral, siendo éstas la oralidad, la inmediatez y la secuencia lógica de las actuaciones. Finalmente, se hizo notar cómo, derivado de la alta participación de Estados en la Convención de Nueva York, la ejecución del laudo cada vez se dificulta menos, y se vuelve una alternativa eficaz, en comparación con las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

El segundo capítulo presentó una visión general de la materia de derechos humanos y empresas. Para lo anterior, se expuso cómo la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos ha permitido extender la responsabilidad en materia de derechos humanos a las empresas, en virtud de su fuerte influencia en el mundo globalizado en que vivimos. Habiendo establecido las razones por las cuales las obligaciones en materia de derechos humanos no deben corresponder de forma exclusiva al Estado, sino también a los particulares, se expuso una visión general del marco regulatorio en materia de derechos humanos y empresas. Primero, se abordó el contenido general de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, el instrumento de *soft law* con mayor renombre

en la materia, y que sirve como base para determinar el rol que deben tener tanto las empresas como los gobiernos de cada país, para garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas, la debida diligencia y en su caso, la reparación efectiva. Lo anterior de la mano de un análisis en relación con las implicaciones de que no exista un tratado internacional vinculante en la materia, lo cual debilita la atención y solución de la problemática, en múltiples países y empresas. A su vez, se desarrollaron las complicaciones para imputar responsabilidad a las empresas por violaciones a derechos humanos, tanto desde la óptica del derecho internacional público, como desde las legislaciones locales. De lo anterior, se desprendió que, en virtud de que no se ha logrado considerar a las empresas como sujetos de derecho internacional público, y las legislaciones locales en múltiples ocasiones presentan deficiencias en relación con la responsabilidad corporativa y las vías para hacerla efectiva, las víctimas suelen encontrarse con obstáculos relevantes al intentar que las empresas respondan por sus violaciones a derechos humanos.

En relación con lo anterior, se desarrolló que los mecanismos de reparación efectiva deben: (a) responder a las experiencias y expectativas de las personas titulares del derecho, (b) reducir el riesgo de victimización, (c) ser variados, (d) no reducir a las personas titulares a simples beneficiarios, (e) establecer medidas proactivas para corregir asimetrías, (f) garantizar el acceso a la información y (g) evitar la discriminación. Asimismo, se hace énfasis en la importancia de ofrecer un “abanico de reparaciones” para lograr la reparación efectiva. Todo lo anterior, para concluir que las violaciones a derechos humanos son una problemática real y actual que requieren de atención tanto desde la óptica regulatoria, como en los mecanismos de acceso a la reparación, para desincentivar su comisión.

En el tercer capítulo se desarrolló el arbitraje como una alternativa para resolver conflictos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas, y lograr una reparación efectiva. Para lo anterior, fue importante abordar la viabilidad de que esta materia sea considerada como arbitrable, en virtud de involucrar cuestiones de orden público, en donde se concluyó que, la evolución del arbitraje como de la teoría de los derechos humanos, de la mano de la definición del orden público internacional, conllevan a que precisamente por tratarse de una cuestión de orden público, las violaciones a derechos humanos por parte de

empresas puedan ser arbitrables, debiendo el tribunal arbitral emitir el laudo preservando los principios de derecho internacional que en tribunales estatales pudieran ser violados con frecuencia, por intereses locales o privados que no se encuentren alineados con el mismo. Subsecuentemente, se abordaron las maneras a través de las cuales se podría formar el acuerdo arbitral en este tipo de casos, así como los incentivos que podrían tener las empresas, para someter estas disputas a arbitraje. Se desarrolló que el acuerdo arbitral podría formarse: (a) en los contratos, entre dos empresas o entre la empresa y las personas que trabajan para la misma, (b) de forma posterior a que surja la disputa, (c) otorgando el derecho en contratos para que determinados terceros beneficiarios puedan arbitrar sus disputas en la materia, o (d) haciendo una oferta amplia en los documentos corporativos para que, aquellas personas que lo deseen, puedan someter a arbitraje sus disputas con la empresa correspondiente. En relación con los incentivos que podrían tener las empresas para someterse a arbitraje, se expuso como el hacerlo puede: (a) atraer inversionistas y (b) fortalecer su cumplimiento con los criterios ESG y por consecuencia con la Agenda 2030.

Expuestos los retos anteriores, se presentaron las Reglas de La Haya en Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos, instrumento que ofrece una regulación al procedimiento arbitral, tomando en cuenta las particularidades que involucran los conflictos de derechos humanos y empresas. De las Reglas se pueden desprender las diferencias que tendría un arbitraje en materia de derechos humanos y empresas bajo las Reglas, en comparación con un arbitraje comercial o de inversiones. En ese sentido, se expusieron las cuestiones consideradas en las Reglas para atender la asimetría entre las partes, la naturaleza de la disputa por involucrar derechos humanos y el interés público, la transparencia requerida, la especialidad de las personas que resolverán la disputa, y las herramientas procedimentales con las que pueden contar tanto las partes como el tribunal arbitral en este tipo de casos.

Finalmente, se destacaron los beneficios y las complicaciones que pudieran derivar de utilizar el arbitraje como un medio de solución de conflictos para casos en los que se aleguen violaciones a derechos humanos por parte de empresas. Algunos de los beneficios encontrados fueron: (a) la compatibilidad del arbitraje con los derechos humanos, (b) la flexibilidad del procedimiento, (c) la compensación de asimetrías entre las partes, (d) la

especialidad que se puede obtener de las personas que resuelvan el conflicto y (e) las opciones que presenta para reducir los costos. Las complicaciones identificadas fueron: (a) el difícil acceso al arbitraje, (b) las dificultades en la ejecución del laudo derivado de la reserva comercial, (c) las dificultades en el pacto del derecho aplicable, (d) la arbitrariedad del tribunal arbitral, (e) los retos en relación con la arbitrabilidad de la disputa, (f) los altos costos, (g) los posibles abusos en el acuerdo arbitral derivados de la asimetría entre las partes, (h) la regulación local desfavorable y (i) las lagunas en casos de litisconsorcio.

Del análisis efectuado rescatamos lo siguiente:

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos flexible, cuya característica le permite adaptarse a las exigencias del conflicto en cuestión, y que ha probado ser un medio muy eficaz para resolver conflictos comerciales y de inversión.

La efectiva regulación de las obligaciones por parte de las empresas, en relación con los derechos humanos se encuentra obstaculizada por una serie de cuestiones políticas. Así, tanto el plano internacional, como la mayoría de los planos locales, carecen de una regulación eficiente que: (i) vincule a las empresas a responder por las violaciones a derechos humanos que cometan, independientemente del foro, (ii) ofrezca una vía clara para resolver este tipo de disputas y (iii) dé pie a lograr la reparación efectiva de la posible violación cometida. Derivado de lo anterior, las empresas han podido cometer graves violaciones a derechos humanos, sin tener que responder por las mismas. Así, se vuelve crucial analizar los mecanismos que desincentiven estas violaciones, logrando la reparación efectiva del daño causado.

Como se ha establecido que para lograr la reparación efectiva es fundamental que se ofrezca una serie de mecanismos distintos a través de los cuales pueda llegarse a ella, se vuelve indispensable abrir las puertas al arbitraje para que forme parte de esta multiplicidad de herramientas que pueden colaborar a lograr la reparación efectiva de violaciones a derechos humanos por parte de empresas.

Lo anterior bajo el entendido de que será únicamente a través de un análisis casuístico, que se determinará si el arbitraje es el mecanismo más conveniente, para lograr la reparación

efectiva de las posibles víctimas, en cada situación en concreto. Así, por ejemplo, pudiera ser que el arbitraje no sea conveniente cuando el caso tenga puntos de contacto relevantes con jurisdicciones que no sean favorables al arbitraje.

A falta del arbitraje, la parte demandante se enfrenta con varios problemas como: elegir el tribunal competente, el riesgo de que exista influencia política, el desconocimiento de la legislación extranjera, la posible necesidad de viajar y de contratar abogados o abogadas expertas en ese foro en específico, un idioma nuevo, entre otros. La flexibilidad del arbitraje permite atender las cuestiones que caracterizan a los conflictos de derechos humanos y empresas. Así, por ejemplo, el arbitraje de equidad puede ser una respuesta a las omisiones legislativas en la materia.

Las Reglas aún no se han utilizado, lo cual presenta un obstáculo para el análisis de la efectividad de las mismas, pero a través de éstas, se pretende sumar el arbitraje al abanico de opciones disponibles para las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas.

Como cuestiones adicionales para posibles investigaciones valdría la pena plantearse las industrias en específico en las que el arbitraje podría presentar una solución particular a las malas prácticas en materia de derechos humanos. Entre ellas podrían encontrarse los eventos deportivos masivos, las actividades marítimas y, como ya ha sucedido, la industria textil.

Toda vez que el arbitraje ha probado ser un medio efectivo para resolver otro tipo de conflictos, valdrá la pena darle la oportunidad para que a través del mismo, se ofrezca un mecanismo de reparación efectiva que desincentive las violaciones a derechos humanos por parte de empresas y las obligue a aumentar la debida diligencia en su cadena de suministro, logrando así, un mundo más seguro para todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

A DOCTRINA.

A Latin American Approach to the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. Octubre 21, 2021. Disponible en línea: ASIL <<https://www.asil.org/latin-american-approach-hague-rules-business-and-human-rights-arbitration>> (Consulta: Agosto 15, 2022).

Amnistía Internacional España. **Los agentes económicos, especialmente las empresas multinacionales que operan a través de fronteras nacionales, han adquirido un poder y una influencia sin precedentes en todo el mundo.** Disponible en línea: Amnistía Internacional España <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/empresas-y-derechos-humanos/>> (Consulta: Marzo 21, 2022).

Amnistía Internacional. **Graves carencias socavan la propuesta de la Comisión Europea sobre debida diligencia empresarial en derechos humanos y medioambientales.** España: Feb. 24, 2022. Disponible en línea: <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/graves-carencias-socavan-la-propuesta-de-la-comision-europea-sobre-debida-diligencia-empresarial-en-derechos-humanos-y-medioambientales/>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

Anzures Gurría, José Juan. “*La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*”. 2010. Disponible en línea: **Revista Mexicana de Derecho Constitucional.** UNAM. No. 22. <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5904>> (Consulta: Marzo, 15, 2022).

Azar Manzur, Cecilia y otros. **Manual de arbitraje comercial.** México, Porrúa, 2004.

Bianchi, Roberto A.: “*Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad*”, **Rev. Jurisprudencia Argentina**, 2003-IV, pp. 75 y ss. Citado por: Caivano, Roque J. “*Arbitrabilidad y Orden Público*”. Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico.** Sin seriación. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022).

Borowski, Martin. **Oxford Constitutional Law.** 2018. Disponible en línea: Oxford University Press <<https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e700>> (Consulta: Marzo, 15, 2022).

Briseño Sierra, Humberto. **Sobre Arbitraje. Estudios.** México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1995.

Business and Human Rights Resource Center. **German parliament passes mandatory human rights due diligence law.** Junio 16, 2021. Disponible en línea:

<<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/german-due-diligence-law/>>
(Consulta: Agosto 21, 2022).

Caivano, Roque J. “*Arbitrabilidad y Orden Público*”. Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico**. Sin seriación.
<<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022).

Cantú Rivera, Humberto y Barboza López, Miguel. **La Unión Europea y su camino hacia una ley sobre debida diligencia empresarial**. Julio 3, 2020. Disponible en línea: Konrad Adenaur Stiftung <<https://dialogoderechoshumanos.com/blog/716-la-union-europea-y-su-camino-hacia-una-ley-sobre-debida-diligencia-empresarial>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

Center for Constitutional Rights. **The Alien Tort Statute**. Nueva York, sin fecha. Disponible en línea: Center for Constitutional Rights
<<https://ccrjustice.org/files/ATS%20factsheet%209.2012.pdf>> (Consulta: Mayo 10, 2022).

Center for International Legal Cooperation/ The Hague. **The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration Questions & Answers**. Disponible en línea: CILC
<<https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2021/05/QA-The-Hague-Rules.pdf>>
(Consulta: Julio 21, 2022).

CIAR Global. **Reglas de La Haya en Arbitraje que Involucre a Empresas y Derechos Humanos**. Enero 20, 2020. Disponible en línea: CIAR Global
<<https://ciarglobal.com/reglas-de-la-haya-en-arbitraje-que-involucre-a-empresas-y-derechos-humanos/>> (Consulta: Agosto, 14, 2022).

CMS Law-Now. **Business Human Rights emerging as a new field of arbitration?** Sept. 30, 2021. Disponible en línea: CMS Law-Now <<https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/09/business-human-rights-emerging-as-a-new-field-of-arbitration>> (Consulta: Agosto 14, 2022).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) ("Convención de Nueva York")**. Disponible en línea: UNCITRAL
<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards>
(Consulta: Marzo 23, 2022).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)**. Disponible en línea: ONU
<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>
(Consulta: Julio 28, 2022).

Comisión Nacional de Derechos Humanos. **Análisis del Estado de Cumplimiento de los Derechos Humanos Frente a las Actividades Empresariales.** Disponible en línea: CNDH México <<http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60113>> (Consulta: Marzo 21, 2022).

Correa, Cristina. **Programas de reparación para violaciones masivas de derechos humanos: lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú.** Disponible en línea: CIDH <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29768.pdf>> (Consulta: Marzo 18, 2022).

Deloitte. **Qué son los criterios ESG y para qué sirven.** Diciembre 14, 2021. Disponible en línea: Deloitte <<https://www2.deloitte.com/es/es/blog/sostenibilidad-deloitte/2021/que-son-criterios-esg-para-que-sirven.html>> (Consulta: Julio 20, 2022).

Drafting Team of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. **International arbitration of business and human rights disputes: elements for consideration in draft arbitral rules, model clauses, and other aspects of the arbitral process.** Noviembre, 2018. Disponible en línea: CILC <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf> (Consulta: Julio 26, 2022).

F. Villaggi y B. Guthrie. **Arbitration, Business, and Human Rights.** Julio 14, 2021.
García González, Alejandro y otros. **Derecho Internacional Privado y Derecho del Arbitraje Comercial Internacional.** México, Tirant Lo Blanch, 2021.

Garrido Suárez, Hilda. **La empresa: ¿Sujeto de Derecho Internacional? Importancia de la cuestión.** Madrid, sin fecha. Disponible en línea: Vlex <<https://vlex.es/vid/sujeto-derecho-importancia-cuestion-409049290>> (Consulta: Mayo 10, 2022).

González de Cossío, Francisco. **Arbitraje.** 2ª edición. México, Porrúa, 2004/2008.

Hofverberg, Elin. **Reflecting on 10 Years of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights.** Estados Unidos de América, 2021. Disponible en línea: Library of Congress <<https://blogs.loc.gov/law/2021/06/reflecting-on-10-years-of-the-united-nations-guiding-principles-on-business-and-human-rights/>> (Consulta: Marzo 17, 2022).

Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales (A/HRC/32/19). Consejo de Derechos Humanos. Disponible en línea: ONU <https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/32/19> (Consulta: Marzo 21, 2022).

Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/72/162). Asamblea General de las Naciones Unidas: Julio 18, 2017. Disponible en línea: ONU <<https://documents-dds->

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/218/68/PDF/N1721868.pdf?OpenElement> (Consulta: Marzo 18, 2022).

Kessedjian, Catherine. “*The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, ou comment l’arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l’homme par les entreprises*”. En: **Variétés**. Sin lugar, LexisNexis, S.A., Marzo, 2021. (pp. 69-86).

Kingo, Lise. **El Pacto Mundial de la ONU: La Búsqueda de Soluciones para Retos Globales**. Disponible en línea: ONU <<https://www.un.org/es/crónica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-búsqueda-de-soluciones-para-retos-globales>> (Consulta: Agosto 19, 2022).

Levine, Judith, Castles, Sarah y otros. **The Cambridge Companion to Business and Human Rights Law**. Londres y Nueva York, Cambridge University Press, 2021.

Levine, Judith y Ambast, Ashwita. **The Bangladesh Accord Arbitrations: Arbitrating Business and Human Rights Disputes**. 2020. Disponible en línea: <<https://www.qmul.ac.uk/ccls/media/ccls/docs/research/TCLR-1-The-Bangladesh-Accord-Arbitrations-Arbitrating-Business-and-Human-Rights-Dispute.pdf>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

Levine, Judith y Wahid, Kashpee. “*Business and Human Rights: A “New Frontier” for International Arbitration?*” Dic. 2017. Disponible en línea: **The ACICA Review**. Australian Center for International Commercial Arbitration. Vol. 5 Num. 2. <<https://acica.org.au/wp-content/uploads/2017/12/ACICA-Review-Dec-2017-final-002.pdf>> (Consulta: Agosto 19, 2022).

Levine, Matthew. **Tribunal del CIADI otorga casi USD380 millones en compensación por expropiación ilícita de Ecuador**. Sept. 26, 2017. Disponible en línea: IISD <<https://www.iisd.org/itn/es/2017/09/26/icsid-tribunal-awards-roughly-usd380-million-compensation-illegal-expropriation-ecuador-matthew-levine/>> (Consulta: Agosto 19, 2022).

Martínez Quintero, Juana. **Arbitraje de empresas y Derechos Humanos**. Colombia: Agosto 28, 2021. Disponible en línea: Asuntos legales <<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juana-martinez-quintero-3223572/arbitraje-de-empresas-y-derechos-humanos-3223576>> (Consulta: Agosto 17, 2022).

Meeran, Richard. Civil Litigation for Grave Abuses. Dic. 10, 2017. Disponible en Spotify: Voices. Institute for Human Rights and Business “*SO4E13 (2018 Top 10) Richard Meeran on Civil Litigation for Grave Abuses*”. (Consulta: Agosto 14, 2022).

Pereznieto Caztro, Leonel y otros. **Arbitraje Comercial Internacional**. México, Distribuciones Fontamara, 2000.

Presidencia del OEIGWG establecido por la Resolución A/HCR/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos. **Elementos para el proyecto de instrumento internacional**

jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Sept. 29, 2017. Disponible en línea: OHCHR <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf> (Consulta: Marzo 22, 2022).

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. ONU Junio 16, 2011. Disponible en línea: OHCHR <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf> (Consulta: Marzo 16, 2022).

Recomendación General 37. Comisión Nacional de Derechos Humanos (México). Mayo 21, 2019. Disponible en línea: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_037.pdf> (Consulta: Noviembre 1, 2022).

Reggiardo, Mario. “*Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú*”. 2014. Disponible en línea: **Forseti.** Número 1. <http://forseti.pe/media_forseti/revistas/Arbitraje_Internacional.pdf> (Consulta: Julio 19, 2022).

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/9 Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (A/HRC/RES/26/9). Asamblea General de las Naciones Unidas: Julio 14, 2014. Disponible en línea: <<https://www.ccoo.es/8f72c6f049f78e3171882d193b0b31b3000001.pdf>>. (Consulta: Marzo 17, 2022.).

Ruggie, John G. **Business and Human Rights.** Boston, 2013. Disponible en línea: Harvard Scholar <https://scholar.harvard.edu/files/john-ruggie/files/2013_business_and_human_rights_the_next_chapter.pdf> (Consulta: Marzo 15, 2022).

Ruggie, John. **UN Guiding Principles.** Disponible en línea: Harvard University <<https://scholar.harvard.edu/john-ruggie/un-guiding-principles>> (Consulta: Marzo 16, 2022).

Soto Pineda, Jesús Alfonso. **Comentarios acerca de la arbitrabilidad objetiva de los derechos humanos y su relación con el acceso a la justicia.** Madrid. (Consulta: Julio 19, 2022).

The Center for Justice and Accountability. **The Alien Tort Statute.** San Francisco, sin fecha. Disponible en línea: The Center for Justice and Accountability <<https://cja.org/what-we-do/litigation/legal-strategy/the-alien-tort-statute/>> (Consulta: Mayo 10, 2022).

The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. Center for International Legal Cooperation/ The Hague. Diciembre, 2019. Disponible en línea: CILC <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf> (Consulta: Julio 19, 2022).

Ulrich, Emily. **Entendiendo las inversiones según criterios ESG.** Diciembre, 2016. Disponible en línea: S&P Dow Jones <<https://www.spglobal.com/spdji/es/documents/education/practice%20essentials-understanding-esg-investing-spa.pdf>> (Consulta: Julio 20, 2022).

United Nations Procurement Division. **Objetivo 16 Paz, Justicia e Instituciones Sólidas.** Disponible en línea: UNPD <<https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals#paz-justicia-instituciones-solidas>> (Consulta: Julio 20, 2022).

Westerman, Ashley. **4 Years After Rana Plaza Tragedy, What's Changed for Bangladeshi Garment Workers?** Abril 30, 2017. Disponible en línea: NPR <<https://www.npr.org/sections/parallels/2017/04/30/525858799/4-years-after-rana-plaza-tragedy-whats-changed-for-bangladeshi-garment-workers?t=1535463700982>> (Consulta: Agosto 21, 2022).

Zambrana-Tévar, Nicolás Álvaro. **Can Arbitration become the Preferred Grievance Mechanism in Conflicts Related to Business and Human Rights?** Kazakhstan: Nov.29, 2014. Disponible en línea: SSRN <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531890> (Consulta: Agosto 17, 2022).

B. LEGISLACIÓN.

Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. (Convención de Nueva York). ONU, Nueva York, 1959, Junio 7, 1959. Disponible en línea: SICE <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicnys.asp> (Consulta: Marzo 24, 2022).

Declaración Universal de Derechos Humanos. ONU, París, Dic. 10, 1948. Disponible en línea: ONU <<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> (Consulta: Marzo, 15, 2022).

C. JURISPRUDENCIA.

Amparo en revisión. Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente 327/2017. CDMX, sin fecha. Disponible en línea: SCJN <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-11/AR-327-2017-191107.pdf> (Consulta: Julio 21, 2022).

Cour d'appel de Paris, 29/03/1991, in re **Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens**, Revue de l'arbitrage, 1991, N° 3, p. 478. Citado por: Caivano, Roque J. “*Arbitrabilidad y Orden Público*”. Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico**. Sin seriación. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022).

Cour de Cassation, 29/11/1950, in re **Tissot c. Neff** citado por Caivano, Roque J. “*Arbitrabilidad y Orden Público*”. Sin fecha. Disponible en línea: **Foro Jurídico**. Sin seriación. <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>> (Consulta: Julio 19, 2022), quien a su vez la tomó de ROBERT, Jean: L'Arbitrage. Droit interne et droit international privé, 6ª edición, ed. Dalloz, París, 1993, p. 28.

Orden Procesal número 2 del caso número **2016-36** de la Corte Permanente de Arbitraje. Septiembre 4, 2017. Disponible en línea: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/2234>> (Consulta: Octubre 31, 2022).

US Supreme Court, 13/05/1991, in re **Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.**, 500 U.S. 20. Disponible en línea: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/20/>> (Consulta: Julio 29, 2022).