

EMPRESAS TRANSNACIONALES, DERECHOS HUMANOS Y ARBITRAJE: NOTAS EN TORNO A UNA ALTERNATIVA NO JUDICIAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Florencia S. Wegher Osci¹

*Centro de Investigaciones
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales | Universidad Nacional del Litoral
Director: Fernández Arroyo, Diego P.
Codirectora: All, Paula María*

Área: Ciencias Sociales

INTRODUCCIÓN

Los mecanismos alternativos de solución de controversias son una herramienta familiar y esencialmente común en la resolución de disputas tanto en el ámbito doméstico como en el internacional en materia de casos civiles y comerciales. Efectivamente, es éste uno de los motivos por los cuales aparecen como una vía alternativa a la jurisdicción judicial en casos que involucran a empresas transnacionales y abusos de Derechos Humanos. En este sentido, el arbitraje, la mediación y la conciliación son ampliamente usados por las partes de una relación jurídica para resolver diferencias en casos relativos al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato, a la responsabilidad civil e incluso en materia de controversias societarias. En la medida en que la relación entre las Empresas y los Derechos Humanos involucran un complejo entramado de elementos que no sólo incluye la regulación de las sociedades y otras empresas, pero también los efectos de sus actividades en el medio ambiente, sus relaciones con consumidores y trabajadores e incluso aspectos referidos al derecho fiscal y a sus actividades delictivas, el uso de estos mecanismos no judiciales no siempre es una opción viable.

OBJETIVOS

La pregunta que ordena este trabajo marca un punto álgido de discusión en lo relativo al acceso a la justicia civil de los afectados por violaciones de Derechos Humanos cometidas por empresas multinacionales: ¿es pertinente, deseable o incluso factible recurrir a los mecanismos alternativos de solución – específicamente al arbitraje– de controversias para resolver este tipo de casos? Como puede imaginarse la respuesta no es clara, más aún se observan un importante número de problemas o aspectos que es necesario atender. A partir de este supuesto, el presente trabajo aborda el problema acumulando preguntas en procura de identificar algunas respuestas posibles considerando la dificultad que genera la resolución de controversias de Derechos Humanos a través de un sistema de justicia privada. En tanto la investigación es parte de un proyecto mayor de doctorado en Derecho relativo al acceso a la justicia internacional de quienes han sufrido abusos o violaciones de sus Derechos Fundamentales por parte de empresas transnacionales, los resultados son

¹ Becaria de investigación doctoral, Universidad Nacional de Litoral. Integrante del Proyecto CAI+D 2016, Res. HCS: 48/17: “Acceso a la justicia en litigios privados transfronterizos. Necesidad de revisión y construcción de herramientas normativas procesales a escala interamericana”, Organismo financiador: Universidad Nacional del Litoral. Directora: Dra. Paula María All.

parciales y se vinculan con otras aristas de la jurisdicción internacional.

Si bien a la fecha se encuentra en discusión un proyecto de tratado internacional que busca regular en el ámbito de los Derechos Humanos la actuación de las Empresas Transnacionales y el respeto por los Derechos Humanos, lo cierto es que la problemática es esencialmente regulada por disposiciones domésticas o reglas de *soft law*, vinculándose también con disposiciones internacionales de Derecho Internacional Privado, mas no de forma orgánica ni sistematizada. Entre los primeros dispositivos se destaca especialmente la sección n ° 3 de los Principios Guía de Naciones Unidas en materia de Empresas y Derechos Humanos en tanto resulta una guía esencial para la discusión sobre este tópico. Se mencionan allí, junto con los mecanismos judiciales de resolución de disputas, la inclusión de una alternativa estatal no judicial que permita a las partes sustraerse de los tribunales y optar por otro tipo de soluciones, sean estas estatales o no estatales. El presente trabajo enfocará su atención sobre uno de los mecanismos no judiciales estatales: el arbitraje. La decisión metodológica de concentrar el análisis en la vía arbitral como ejemplo de una instancia estatal no judicial de resolución de disputas se debe esencialmente a la existencia de un instrumento vinculante que garantiza la ejecutabilidad de los laudos arbitrales –nos referimos con ello a la Convención de Nueva York de 1958 sobre Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras – y que por tanto permite marcar un fuerte contrapunto respecto de las dificultades que la vía judicial ha demostrado para garantizar la efectividad de las sentencias.

CONCLUSIONES

Ciertamente, estos mecanismos pueden presentar algunas características interesantes como el cumplimiento espontaneo o voluntario de la decisión, la posibilidad de reducir los costos del litigio, el involucramiento de terceros imparciales altamente especializados en el tema objeto de la controversia que resolverán el caso y que fueron especialmente seleccionados al efecto e inclusive la obtención de una resolución rápida y efectiva; sin embargo, las reglas generales en el arbitraje presentan algunos inconvenientes cuya atención es necesaria si se pretende garantizar el acceso a la justicia de los afectados por violaciones de derechos humanos. En este sentido se observan una serie de límites en el uso de estos mecanismos como la protección efectiva de la parte débil de la relación jurídica representada, no exclusivamente, por trabajadores y consumidores, quienes deberán además ceñirse a las disposiciones nacionales e internacionales de Derecho Internacional Privado que pueden limitar cuando no prohibir la selección de un foro distinto al indicado por la ley.

Un sistema funcional y eficiente de justicia muy probablemente incluya y promueva el uso de mecanismos alterativos de solución de controversias en casos que involucren el accionar de empresas transnacionales, sin embargo, atento al involucramiento de los Derechos Humanos en las disputas se vuelve menester preguntarnos por la necesidad de adaptar estos mecanismos para cumplir con los requerimientos de los afectados por el accionar de las empresas. La factibilidad del uso del arbitraje en estos casos puede aparecer problemática en tanto es posible que la reparación civil de quienes vieron afectados sus Derechos fundamentales sea resuelta por fuera de la esfera judicial y con exclusión de un

control de fondo sobre los considerandos del laudo.

Ahora bien, en la medida en que las disputas referidas a empresas transnacionales no siempre presentan un componente de Derechos Humanos o bien éste aparece ligado o subsumido en las esferas contractual o de la responsabilidad civil, también se observan otras preguntas cuya respuesta nos permitirá delimitar el ámbito de aplicación o funcionamiento del arbitraje para estos casos. En este sentido nos preguntamos: ¿es posible preguntarnos por la posibilidad de arbitrar o mediar casos relativos a daños ambientales, o demandas colectivas por productos defectuosos o inclusive demandas por condiciones de tortura o esclavitud en el ámbito laboral? Y si ese fuera el caso ¿Cómo se forma o cómo habría de formarse el consentimiento? ¿Es equitativo conducir un arbitraje de la misma forma si el reclamo involucra a una empresa transnacional y a un consumidor o a un grupo de consumidores o si fuera un reclamo contra otra empresa? ¿Cómo puede un individuo cubrir los costos que un arbitraje puede comportar? Y en cuanto a la confidencialidad ¿es posible sostener la restricción al acceso público de las sentencias arbitrales que involucran problemas de interés público? ¿Qué sucede con la instancia de apelación? Y finalmente, ¿Será posible ejecutar una decisión de este tipo en el marco de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras?

A partir de esta –no exhaustiva– lista de preguntas es posible afirmar que un aspecto central del debate por el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias para este tipo de casos será la determinación de qué tipo de acciones o qué materias pueden ser resueltas a través de estas vías de la forma en que actualmente aparecen estructuradas o, en su caso, qué cambios se requieren para alcanzar la totalidad de supuestos posibles en materia de Empresas y Derechos Humanos.

La problemática interesa tanto al área del Derecho Internacional tanto Público como Privado y es por esta razón que gran parte de las discusiones han sido conducidas por académicos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Público. Sin embargo, toda vez que la mayoría de las respuestas a las preguntas planteadas deberán atender a reglas de Derecho Internacional Privado es posible afirmar que la resolución de conflictos sea por vía judicial por vía no judicial relativos a litigios transnacionales, deben ser abordadas principalmente desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, considerando los lazos que existen entre la atribución de jurisdicción para a resolución de casos internacionales y las capacidades y herramientas con que cuenta la disciplina para resolver las tensiones señaladas. El grupo de trabajo de Naciones Unidas en materia de Empresas y Derechos Humanos ha señalado una serie de características que deberían ser contempladas en el diseño o reestructuración de estos mecanismos para el aseguramiento de la protección de los afectados por los abusos empresariales. En este sentido, es posible afirmar que el diseño de un sistema a medida deberá contemplar mecanismos que sean: legítimos, predecibles, accesibles, equitativos, transparentes y compatibles con los derechos de las partes, y al mismo requerirá adecuar algunos aspectos de su funcionamiento en la medida en que busque poder ser contenido por las condiciones de reconocimiento y ejecución ofrecidas por la Convención de Nueva York.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ACNUDH, 2011, “Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, disponibles en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf.

Centro de Estudios Constitucionales y Sociales, 2017, *Anuario del CELS, 2016*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI.

Clapham, A., 1996, *Human rights in the private sphere*, Oxford University Press.

Kinsch, P., 2005, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International Privé de La Haye*, vol. 318.

Fernandez Arroyo, D. P. y Mbengue, M.M, 2018, “Public and private international law in international courts ad tribunals: evidence of an inescapable interaction”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 56.

Ferrari, Franco, 2017, *The impact of EU law on International Commercial Arbitration*, Juris, Centre for transnational Litigation arbitration and Commercial Law, NYC.

International Law Association, 2010, “Interim Report. Private International Law Aspects of Civil Litigation for Human Rights Violations”, Hague Conference.

Levine, J, y Wahid K, 2018, “Business and Human Rights: a ‘new frontier’ for international arbitration”, *Transnational Dispute Resolution Management*, vol. 15-1.

Marella, Fabrizio, 2017, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 385.

Mc Gregor, Lorna, 2015, “Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR”, *The European Journal of International Law*, vol. 26, nº 3.

Michaels, R., 2013, “Globalization and law: law beyond the state”, en: R. Banakar, M. Travers, *Law and the social theory*, Oxford, Hart Publishing.

Mills, A., 2014, “Rethinking jurisdiction in international law”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 84, n. 1.

Muir Watt, H., 2013, ¿ “Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale”, *Revue internationale de droit économique*, 2013/1.

Muir Watt, H. y Fernández Arroyo, D.P, 2014, *Global Governance and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press.

Naciones Unidas, 2016, “Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf. Último ingreso el 06/07/2018

Rodríguez Garavito, C., 2018, “Empresas y derechos humanos: un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias”, en: Cesar Rodriguez Garavito (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires.

Steininger, Silvia, “What’s Human Rights got to do with it? An empirical analysis of Human Rights references in investment Arbitration”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 31, pp. 33- 58.

Trstenjak, V. / Weingerl P. (eds), 2016, *The influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer, Switzerland.

Upendra, B., 1999, “Mass torts, multinational enterprise liability and private international law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International Privé de La Haye*, vol. 276.

Van Loon, Hans, 2018, “Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters”, *Uniform Law Review*, vol. 1-21.

Zambrana Tévar, Nicolas, 2015, “Can arbitration become the preferred grievance mechanism in conflicts related to business and Human Rights?”, *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 3.