

ARBITRAJE PARA CONFLICTOS AMBIENTALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

ENVIROMENTAL DISPUTE ARBITRARION: A HUMAN RIGHTS APPROACH

Elena de Luis García*
Universitat de València

In the clash between business activity and environmental protection, damages could occur to disposable rights. Under a human rights approach, arbitration may play a key role as a mechanism that can reduce barriers of access to justice for victims of these conflicts and achieve fair reparation for them.

The aim of this article is to examine what elements should establish an adequate arbitrability system for repairing damages produced as a consequence of environmental dispute. For this purpose, the author focuses on the recently approved Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration and analyzes the main challenges in this field. In this regard, she highlights the importance of addressing underlying issues such as transparency and access to information, the need of qualified arbitrators, the possibility of third-party intervention and class action prevention.

KEYWORDS: Arbitration; access to justice; environment; human rights; The Hague Rules.

En la confrontación entre la actividad empresarial y la protección del medio ambiente, pueden producirse daños sobre los derechos fundamentales. Desde una perspectiva de derechos humanos, el arbitraje puede desempeñar un rol importante como mecanismo que puede reducir las barreras de acceso a la justicia para las víctimas de estos conflictos y conseguir una reparación justa para ellas.

El objetivo de este artículo es examinar cuáles deben ser los elementos para establecer un adecuado sistema de arbitrabilidad para la reparación del daño derivado de disputas medioambientales. Para ello, la autora se centra en las recientemente aprobadas Reglas de La Haya en Materia de Empresas y Derechos Humanos y analiza los principales desafíos en este campo. Al respecto, resalta la importancia de abordar temas de fondo como la transparencia y el acceso a la información, la necesidad de árbitros calificados, la posibilidad de intervención de terceros y la prevención de reclamaciones colectivas.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; acceso a la justicia; medio ambiente; derechos humanos; Reglas de La Haya.

* Abogada. Master en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional y doctora en Derecho por la Universitat de València (UV). Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal en la UV (Valencia, España). Miembro de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas y del Instituto de Derecho Iberoamericano y responsable de su sección de Derecho Procesal Penal. Contacto: elena.deluis@uv.es.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 10 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de julio de 2020.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A lo largo de las últimas décadas la protección del medio ambiente ha evolucionado desde una concepción puramente instrumentalista, basada en la utilidad que para el ser humano tenía la naturaleza, a una concepción que se centra en la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. En concreto, esta nueva concepción se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, a partir de la Declaración de Estocolmo de 1972, en la cual, por vez primera, se pone de relieve la relación existente entre medio ambiente y derechos humanos.

Así, el Principio 1 de dicho cuerpo normativo establecía que

[el] hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras (1972).

En particular dicha declaración provocó una ola de reformas a nivel global la cual conllevó la introducción de los derechos ambientales en la inmensa mayoría de constituciones del mundo (Boyd, 2012, pp. 112-113); así como también en los principales instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

Así pues, el medio ambiente sano o adecuado se convierte en un bien jurídico que todas las personas tienen, por un lado, el derecho a disfrutar y; por otro, el deber de proteger para todas las generaciones presentes y futuras (Vernet & Jaria, 2007, pp. 515-516), lo que, a juicio de la doctrina mayoritaria, le otorgaría la naturaleza de derecho de tercera generación (Franco Del Pozo, 2000, pp. 11-12). En definitiva, ya no se protege el medio ambiente únicamente porque reporta utilidad como se hacía en la antigüedad sino, por el contrario, ahora se le protege por (i) su propia entidad e importancia; y, (ii) su relación directa con los derechos humanos, la dignidad humana y el desarrollo de las personas.

De ese modo, esta nueva concepción del medio ambiente como derecho hace surgir la necesidad de nuevos mecanismos para resolver los conflictos que puedan suscitarse, pues los tradicionales no siempre han resultado ser eficaces. En este contexto, surge la pregunta que abordaremos a lo largo del presente artículo: ¿qué papel podría jugar el arbitraje para resolver disputas en las que se encuentren en juego los derechos que se derivan del propio derecho a un medio adecuado, tales como la salud, el acceso a los recursos naturales, la vivienda y, en última instancia, la vida?

Para tal efecto, consideramos necesario partir de una serie de premisas básicas. La primera de ellas es que el arbitraje únicamente puede tener por objeto materias disponibles. Sin embargo, ello no implica que los derechos humanos se conviertan ahora en bienes jurídicos disponibles, sino que debemos buscar qué aspecto de estos es disponible, y ese será el que podamos someter a arbitraje. Nos referimos, por supuesto, a la reparación del daño por la vía de la responsabilidad civil, entendida, no únicamente como el reconocimiento de una compensación económica, sino también como toda obligación de hacer o no hacer que contribuya a la reparación del daño causado.

A partir de las precisiones anteriores, podemos concretar el ámbito de nuestro estudio como el de los conflictos derivados de vulneraciones de derechos ambientales y la obligación de reparar el daño a que las mismas den lugar, la cual podrá ser causada por diferentes actores, ya sean públicos o privados. La siguiente cuestión que debemos preguntarnos es, ¿puede el arbitraje integrarse en el acceso a la justicia a que tienen derecho las víctimas? Sobre este aspecto, la respuesta es afirmativa. Debemos partir del hecho que, en los últimos años, el paradigma de justicia ha evolucionado y el acceso a la justicia ya no se asienta exclusivamente sobre la concepción clásica que lo entendía como el derecho de acceder a la jurisdicción (Fairén Guillén, 1990, p. 35).

Así, hoy en día cuando hacemos referencia a la justicia ya no nos referimos exclusivamente a la Administración de Justicia, sino que entendemos incluidos dentro de esta a los denominados mecanismos *Adequated Dispute Resolution* (en adelante, ADR). Esto lleva al nacimiento de un moderno concepto de acceso a la justicia, el cual es denominado *the multi-rooms justice system*, en el cual los ADR y la jurisdicción estatal coexisten como mecanismos complementarios dentro de un sistema de justicia integral (Barona Vilar, 2018a, p. 438).

En ese sentido, sobre la base de esta nueva concepción de justicia, el arbitraje continúa su expansión y esto se ve particularmente evidenciado en la constante evolución de los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje, pero también en los inevitables problemas que surgen de la generalización del uso del arbitraje para diferentes ámbitos y materias (Esplugues Mota, 2016, p. 395), como es el caso de la materia que aquí nos ocupa. Por lo tanto, como adelantábamos, la respuesta es que el arbitraje sí que se integra en el concepto de acceso a la justicia y, por ende, podrá servir para complementar los mecanismos tradicionales de justicia y suplir sus carencias cuando estos demuestren ser ineficaces. Naturalmente, la configuración de un

mecanismo de arbitraje para la tutela de los derechos ambientales no estará exenta de dudas y eso es precisamente lo que trataremos de dilucidar en el presente artículo.

Dadas las limitaciones del presente trabajo, nuestro objeto será realizar una aproximación a algunos de los elementos que deberán tenerse en cuenta en el establecimiento de un sistema de arbitraje para aquellos conflictos en materia de derechos medioambientales. Para ello nos remitiremos principalmente a las nuevas Reglas de La Haya de Arbitraje en materia de Empresas y Derechos Humanos (en adelante, Reglas de La Haya), cuyo objeto es regular un procedimiento arbitral de aplicación a las disputas derivadas del impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos. De este modo, podremos analizar qué opciones se perfilan como las más adecuadas para la configuración de un mecanismo de arbitraje en materia de derechos medioambientales, cuya finalidad debe ser, en definitiva, la de reducir todas las barreras en el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones en tales derechos.

II. ARBITRAJE Y MEDIO AMBIENTE

En efecto, el arbitraje para la resolución de conflictos medioambientales no es una materia novedosa, sino que lleva ya varios años siendo debatida en los principales foros internacionales. Sobre este aspecto, uno de los primeros y grandes avances se produjo en el año 2001 con la aprobación del Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales (en adelante, Reglamento de la CPA), cuyo objeto se centra en aquellas “controversias que surjan de tratados u otros acuerdos o de relaciones entre partes una o varias de las cuales no es un Estado” (2001, p. 5).

En definitiva, el Reglamento de la CPA se presentó como un instrumento destinado a cubrir una laguna existente en la resolución de disputas relativas a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, al que podrían acudir Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, entidades privadas e incluso personas naturales (Blanc Altemir, 2003, p. 506). En concreto, la utilización del mencionado instrumento se ha ceñido principalmente a controversias entre Estados derivadas de distintos tratados bilaterales y multilaterales en materia medioambiental, tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Por su parte, la Corte Permanente de Arbitraje también ha administrado controversias relativas a tratados de inversiones en materia del marco estatal de protección ambiental o derecho internacional ambiental.

Concretamente en el ámbito del arbitraje de inversiones se plantean frecuentemente, y en aumento, conflictos de carácter ambiental, ya sea por denegación de licencias medioambientales, cambios legislativos en la materia o en cuanto entren en juego derechos de comunidades indígenas (agua, territorio, etc.). En este caso, se puede producir una colisión entre el fin último de proteger la inversión y la protección del medio ambiente o los derechos humanos, lo cual no siempre tiene fácil arreglo (Urueña Hernández, 2018, pp. 6-7).

Algunas de las soluciones que se han ido proponiendo son la integración de cláusulas medioambientales en los tratados de inversión, la concesión de mayor discrecionalidad al tribunal arbitral para la revisión del caso y sus elementos tomando en consideración el daño ambiental (Beharry & Kuritzky, 2015, p. 429), así como que el derecho aplicable se cifa al del Estado de la inversión, de forma que se otorgue mayor seguridad jurídica e información a todos los implicados (Adeleke, 2016, pp. 69-70). La diferencia entre este y el ámbito que aquí nos ocupa, es que, aun cuando puedan existir elementos de derechos humanos, aquí la controversia se cifa al Estado y el inversionista, sin que tenga cabida la reclamación directa de las víctimas para la reparación del daño.

Sobre el particular, resulta de gran interés el informe emitido por la Cámara de Comercio Internacional titulado *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR* (en adelante, Informe de la CCI). En el mismo, se plantea la aplicación del arbitraje para tres clases de controversias medioambientales: (i) las derivadas de contratos de transición, adaptación o mitigación, en consonancia con el Acuerdo del Clima de París de 2016; (ii) aquellas derivadas de contratos de los que surja alguna disputa relativa a cuestiones ambientales o climáticas; y, (iii) las relativas a cuestiones medioambientales cuando exista un impacto presente o potencial sobre grupos de población y las partes acuerden *ex post* someter el conflicto a la vía arbitral.

Este último supuesto que plantea el Informe de la CCI será el que analicemos en el presente artículo, esto es, aquel en el que víctimas e infractores fuesen parte en el mismo procedimiento arbitral con el objeto de contribuir a la reparación del daño causado. No nos encontramos, por tanto, en el ámbito de las controversias Estado-inversionista propias del arbitraje de inversiones, ni tampoco en el de las controversias Estado-Estado por incumplimiento de tratados bilaterales o multilaterales sobre medio ambiente.

Es por este motivo por el cual dedicaremos más adelante un epígrafe a las Reglas de La Haya, con la

finalidad de ver el encaje de los conflictos ambientales en las mismas. Sin embargo, con carácter previo, expondremos algunos de los elementos que deben tomarse en consideración a la hora de plantear la aplicación del arbitraje para la resolución de disputas de naturaleza ambiental, para evidenciar después su encaje con las reglas anteriormente mencionadas. Como hemos señalado, el supuesto de hecho del cual partiremos es la situación en la cual uno o varios individuos sufren un daño en sus derechos de naturaleza ambiental.

A. La especialización requerida

Uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en materia medioambiental es la necesidad de que todos los actores involucrados cuenten con una importante especialización en la materia, se trate de un procedimiento judicial o arbitral. Por este motivo, cualquier planteamiento que implique la posibilidad de someter a arbitraje controversias ambientales, debería determinar *a priori* el grado de experiencia o conocimientos previos que se debe exigir a los árbitros para garantizar la mayor corrección técnica en la resolución de la disputa.

En este sentido, el Reglamento de la CPA no exige de manera expresa ninguna especialización concreta a los árbitros intervinientes. No obstante, su artículo 8 dispone que se pondrá a disposición de las partes y la autoridad nominadora una lista de personas que se consideran expertas en los temas del litigio. Por otro lado, el Informe de la CCI sí que hace un especial hincapié en la necesidad de que el árbitro tenga conocimientos y experiencia en materia ambiental, bien sea esta legal, científica o técnica. Así pues, al tratarse específicamente de un tribunal arbitral, el citado informe prevé que por lo menos uno de los miembros debe tener formación jurídica.

Por su parte, las Reglas de La Haya, a las que posteriormente nos remitiremos, señalan en sus exigencias la necesidad que el árbitro tenga experiencia en materia de derechos humanos y empresas, derecho nacional e internacional aplicable y/o en la industria o sector de que se trate el arbitraje. A estos requisitos generales, añadiríamos que siempre que se trate de un conflicto ambiental, el conocimiento de esta materia debería prevalecer por encima de los demás, debiendo, además, apoyarse en cuantos informes técnicos sean necesarios para completar los conocimientos técnico-científicos de los que pudiera carecer el árbitro, máxime en materia probatoria.

Junto a la especialización requerida a los árbitros, aparece otra propuesta que ha tenido gran acogida

entre la doctrina, la cual es la creación de un tribunal internacional dedicado exclusivamente a la resolución de controversias ambientales, al que pudiesen acudir los Estados, las organizaciones no gubernamentales, los individuos y las empresas. Entre las principales ventajas que tendría la creación de este tribunal internacional se encontraría el aumento de la seguridad jurídica, la armonización de las resoluciones y su contribución a complementar los sistemas legales existentes. En este sentido, puede verse la propuesta contenida en el informe emitido en el 2014 por la International Bar Association titulado *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*.

En definitiva, lo que será imprescindible para poder resolver adecuadamente una controversia relativa al medio ambiente es que el árbitro o árbitros tengan experiencia y/o conocimiento sobre la materia, de modo que se asegure una adecuada resolución del caso. Lo anteriormente señalado reviste especial importancia si tomamos en consideración que una de las características positivas que suelen predicarse del arbitraje por encima de la jurisdicción ordinaria es precisamente su alto grado de especialización.

B. La transversalidad de la materia

Junto a la especialización de los árbitros, encontramos otra característica inherente a los conflictos ambientales: la diversidad de materias que abarcan. Esta clase de disputas pueden involucrar cuestiones de diversas ramas, tales como el derecho internacional, civil, penal o administrativo. Ello es sumamente relevante, pues la solución será completamente distinta según el ámbito en el cual nos encontremos. Dado que hemos circunscrito el ámbito del presente trabajo a la búsqueda de la reparación del daño causado por parte de las víctimas, dejaremos de lado —por el momento— el derecho internacional.

Así pues, ante una controversia de naturaleza medioambiental, deberemos plantearnos las siguientes preguntas: ¿es delictiva la actuación lesiva?, ¿constituye una infracción administrativa?, ¿es responsabilidad de un ente estatal o una empresa privada?, ¿ha producido un daño susceptible de ser reparado? Mientras en el ámbito administrativo buscaremos la responsabilidad del Estado por su inactividad respecto de determinadas contrarias a la legislación ambientales; en el terreno del derecho penal o civil las víctimas perseguirán la declaración de responsabilidad de una persona natural o jurídica y la obtención de un resarcimiento en concepto de responsabilidad civil.

Los mayores problemas se van a producir cuando la conducta a consecuencia de la cual se originó el conflicto que quiere resolverse sea constitutiva de delito, pues en dichos casos entraría en juego el orden penal. En esta confluencia del arbitraje con el ordenamiento penal habrá varios aspectos que abordar, tales como la compatibilidad de la confidencialidad propia del procedimiento arbitral con el deber general de denunciar un delito que pesaría sobre el árbitro. Quizá la expectativa de confidencialidad que la empresa tiene en el procedimiento arbitral (con la finalidad de salvaguardar su imagen y reputación) deba ceder ante el deber de denunciar y la consecuente investigación que pesará sobre las autoridades estatales.

Por otro lado, cabe cuestionarse ¿qué ocurrirá con la reparación del daño si se inicia un proceso penal por los mismos hechos? En principio, consideramos que no habría problema en que la responsabilidad civil se dirimiese en un procedimiento arbitral, por ser una materia plenamente disponible (Montero Aroca, 2004, p. 126), mientras que la penal siguiese su cauce procedimental. Sin embargo, en la práctica no parece que esta situación pueda tener mucha virtualidad. En efecto, es probable que a la entidad infractora le interese que se resuelva todo en el marco de un proceso penal, y lo mismo puede ocurrir con la propia víctima.

Junto a las anteriores, podemos también mencionar, la compatibilidad que existe entre arbitraje y los procedimientos ante los tribunales de derechos humanos. Imaginemos el supuesto de una vulneración de derechos provocada por una actividad empresarial ilícita, cuyo cese no fue ordenado por el Estado (a pesar de ser este consciente de su ilicitud y del daño que estaba causando). En un caso como este, las posibilidades son variadas.

Por un lado, las víctimas podrían tratar de alcanzar un acuerdo con la empresa, de forma que puedan someterse a arbitraje y así obtener la reparación del daño por dicha vía. Además, existirían responsabilidades penales que depurar en el proceso correspondiente, tanto por la comisión de una actividad ilícita, como por la falta de respuesta de los funcionarios públicos responsables. Si el Estado fracasase en la investigación y punición de los hechos, la vía del tribunal regional de derechos humanos (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se habilitaría para demandar al Estado por la falta de investigación.

En definitiva, pueden darse situaciones de tan diferente y compleja casuística, las cuales resulta interesante, cuanto menos, dejarlas planteadas, pues lo cierto es que solamente la práctica real nos dirá cómo podrían resolverse.

C. La naturaleza colectiva del medio ambiente

Sumado a lo antedicho debemos tener en cuenta la naturaleza supraindividual del medio ambiente, pues ello influirá enormemente en la determinación de las partes. Así pues, el medio ambiente, según su propia definición, es un bien de naturaleza supraindividual, lo que implica que su titularidad pertenece a la sociedad en conjunto y no a los propios individuos concretos. No obstante, ello no significa que no haya derechos individuales relacionados con el medio ambiente que puedan verse vulnerados como consecuencia de actuaciones que dañan al medio ambiente en su conjunto.

Dentro de los intereses supraindividuales cabe distinguir, a su vez, entre aquellos que son colectivos y los difusos¹. Sin embargo, dado que este no es el lugar oportuno para entrar en dicha discusión, nos limitaremos a dejar planteada la problemática a la que nos enfrentamos, diferenciando entre intereses individuales y supraindividuales. A manera de ejemplo, imaginemos una empresa que está provocando vertidos en un río próximo a una localidad. Por un lado, dicha acción causará un perjuicio al medio ambiente en general. Por otro lado, cada uno de los habitantes de la localidad próxima al río podrían sufrir un daño en su salud, en caso llegasen a ingerir el agua contaminada.

Por ello, cuando se produce un conflicto medioambiental es importante identificar los distintos daños, con la finalidad de determinar qué personas o entidades podrán actuar para instar su reparación. Esta especial característica del medio ambiente y los derechos ambientales, nos lleva a cuestionar un tema de especial relevancia: ¿cabe la posibilidad que se planteen acciones colectivas en el marco de un arbitraje? Esta posibilidad no es una realidad aún en el ordenamiento interno español ni en el de la Unión Europea, salvo para algunos supuestos excepcionales (Montesinos García, 2019)

Tal y como hemos señalado anteriormente, una de las finalidades de la introducción de un mecanismo arbitral para disputas de derechos ambientales es precisamente reducir las barreras de acceso a la justicia y mejorar las opciones que se presentan para lograr obtener reparaciones de las víctimas.

¹ Sobre el particular, véase a Montero Aroca (2007) y Planchadell Gargallo (2015).

Por ello, las acciones colectivas en el marco de un arbitraje podrían suponer una mejora en la tutela de los derechos y el acceso a la justicia, pues permitirían que determinadas entidades actuasen en defensa de una colectividad, reduciendo así el coste, el tiempo y la complejidad, tal como ocurre actualmente en el caso de las acciones colectivas judiciales. Es decir, una titularidad especial, como es la supraindividual, requiere de una tutela especial, como sería la colectiva.

Junto a ello, aunque tampoco exento de complejidad, será necesario prever y articular adecuadamente la posibilidad de intervención de terceras personas al arbitraje, ya sea por tener algún interés directo en la resolución del caso –por ejemplo, por ser parte en el mismo instrumento jurídico del que deviene el conflicto-, o bien por tener un interés general en la protección del medio ambiente en tanto bien jurídico común, como podrían ser las organizaciones no gubernamentales.

A la luz de lo expuesto, a continuación analizaremos algunos de los aspectos principales de las Reglas de La Haya, para ver su posible encaje en la materia que nos ocupa.

III. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA HAYA DE ARBITRAJE PARA EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Partiremos de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores). El Principio 27 establece que: “[I]os Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas” (Naciones Unidas, 2011, p. 37).

En concreto, el mandato incorporado en dicho precepto ha servido como fundamento para el desarrollo de reglas arbitrales para la protección de los derechos humanos en el seno de actividades empresariales. En efecto, frente a la ineficacia de los mecanismos tradicionales para garantizar un verdadero acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos derivadas de actividades empresariales; estas normas tienen como principal finalidad mejorar dicha tutela para que las víctimas logren obtener la reparación del daño sufrido.

Como hemos adelantado, la creación de un mecanismo arbitral para resolver disputas de derechos humanos no implica, en ningún caso, que los derechos humanos sean en su totalidad disponibles, ni tampoco que se altere la naturaleza esencial del

arbitraje y que pasen a ser arbitrables materias no disponibles. Así pues, el objeto del proceso arbitral, entendido en el doble sentido de materias arbitrables y objeto del proceso (Barona Vilar, 2018b, pp. 134-135), será la responsabilidad civil, la cual nace como consecuencia de la vulneración de derechos producida.

Es más, no puede desconocerse que, en muchas ocasiones, la lesión de derechos será constitutiva de delito, en cuyo caso, también la denominada responsabilidad civil *ex delicto* será arbitrable, al ser materia plenamente disponible para la víctima, conforme lo ya expuesto. En definitiva, el objeto de este arbitraje serán materias que ya eran disponibles y, por tanto, arbitrales, pero para las cuales ahora se potencia su utilización mediante el desarrollo de unas normas especializadas.

Así pues, las Reglas de La Haya recogen en su artículo 45 una enumeración de las distintas posibles formas de reparación, ya sea monetaria o no monetaria, dentro de las cuales se incluyen (i) la restitución; (ii) la rehabilitación; (iii) obligaciones de hacer y no hacer; y, (iv) garantías de no repetición. Estas últimas hacen referencia a aquellos casos en los cuales estemos ante conductas reiteradas en el tiempo y que afecten de forma real o potencial a una pluralidad de personas, de manera que, mediante el establecimiento de garantías de no repetición, se logra volver a repetir la conducta lesiva en el futuro. El citado precepto añade que, en caso las partes lo acuerden, se podrán incluir recomendaciones de medidas vinculantes a ser adoptadas para corregir el conflicto desde su origen y evitar así su repetición.

El arbitraje regulado mediante las Reglas de La Haya no pretende sustituir, en ningún caso, a las jurisdicciones nacionales, sino que busca cubrir una laguna y tratar de reducir las barreras en el acceso a la justicia de las víctimas. En concreto, la existencia de dichas barreras trae como consecuencia que, en múltiples ocasiones, las conductas no sean perseguidas y castigadas, llegando a darse una situación de impunidad. Estos obstáculos pueden deberse a alguna de las siguientes circunstancias:

- a) El desinterés del propio Estado en el que se desarrollan los hechos.
- b) La existencia de obstáculos sustantivos, tales como los relativos a la determinación de la legislación aplicable.
- c) La existencia de obstáculos procesales, tales como el coste del litigio, el tiempo de resolución, la determinación de la jurisdicción o la prueba de los hechos (que son los más frecuentes de ocurrir en la práctica).

Por tal motivo, el arbitraje puede contribuir a mejorar las opciones de las víctimas de obtener alguna clase de resarcimiento por dicho conducto en todos aquellos casos en los que los mecanismos tradicionales no lo logren. Es más, incluso en el caso de que la justicia ordinaria estatal interviniere, por ejemplo, en la determinación de las eventuales responsabilidades penales, las víctimas podrían dirimir lo relativo a la responsabilidad civil por la vía del arbitraje. Cosa distinta será entrar a valorar si a las empresas les interesará someterse a arbitraje en estos casos pero, como tal, dicha posibilidad siempre estará abierta.

Sentado todo lo anterior, nos detendremos a continuación en el ámbito de aplicación y las partes en el conflicto a tenor de las Reglas de La Haya, con la finalidad de completar el examen de su aplicabilidad a la materia que nos ocupa.

A. Ámbito de aplicación

Las propias reglas definen su ámbito de aplicación al de las disputas relativas al impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos. Ahora bien, cabe cuestionarnos ¿qué debemos entender por **derechos humanos y actividad empresarial**? El punto de partida nos lo da su propio texto al señalar que se deberán interpretar en un sentido que sea, al menos, tan amplio como el recogido en los Principios Rectores. Añade, además, que la falta de definición de los términos en su texto es voluntaria.

1. Derechos humanos

En primer lugar, por lo que respecta a la definición de los derechos humanos, los Principios Rectores señalan que estos son todos aquellos que se encuentran contenidos en los siguientes textos: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, así como los que se encuentran incluidos en los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Además, toda vez que las Reglas de La Haya prevén que los Principios Rectores se deben considerar una protección mínima, resulta comprensible que se incorporen los derechos humanos contenidos

en otros tratados como son los casos del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (en adelante, CADHP), por ser estos los tres grandes instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

Es importante señalar que los derechos ambientales no se encuentran expresamente consagrados en los textos anteriormente referidos, con la excepción de los sistemas regionales de protección de derechos humanos en América y África. En lo que respecta al Protocolo de Salvador, el artículo 11 establece que “[t]oda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” (1988). Por su parte, la CADHP dispone en su artículo 24 que “todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo” (1981).

Por su parte, en Europa la situación ha sido distinta y, ante la falta de inclusión en el CEDH de derecho ambiental alguno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido el encargado de desarrollar una extensa jurisprudencia en torno a su protección, basada principalmente en la relación existente entre el medio ambiente sano y otros derechos expresamente recogidos en el convenio, como son la vida, la integridad física o la propiedad.

A esta lista de derechos consagrados internacionalmente debemos añadir aquellos reconocidos a nivel interno. Si acudimos nuevamente a los Principios Rectores, estos disponen que deben considerarse los derechos de grupos o poblaciones específicas cuando se vulneren los derechos de esas personas. Semejante disposición podría dar cabida a la inclusión de los derechos específicos de determinadas poblaciones indígenas. Consideramos, por lo tanto, que no existe argumento alguno por el cual se deba negar la inclusión de los derechos reconocidos por los ordenamientos internos².

Por último, en el borrador del instrumento vinculante para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, que actualmente se encuentra desarrollando en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se incluyen expresamente los derechos ambientales dentro de su ámbito de aplicación (2019).

² Es más, mediante la inclusión de los derechos reconocidos tanto a nivel nacional como comunitario, podríamos luchar contra el llamado imperialismo de los derechos humanos, que implica que los derechos humanos son los que la sociedad occidental ha reconocido como tal, tanto en su propio territorio, como mediante su imposición a otras culturas (Barona Vilar, 2017, p. 533).

En síntesis, los derechos ambientales quedarían incorporados en ese catálogo de derechos cuyas disputas podrían someterse a arbitraje en concordancia con las Reglas de La Haya. Es más, dada la propia naturaleza de los conflictos ocasionados por actividades empresariales y su frecuente relación con el medio ambiente, negar la inclusión de los conflictos ambientales en el ámbito de las Reglas de La Haya, supondría negar su aplicabilidad a un porcentaje elevadísimo de las disputas planteadas en este ámbito.

2. Actividades empresariales

En segundo lugar, consideramos necesario pasar a definir qué son “actividades empresariales” a tenor de las Reglas de La Haya. Atendiendo a su finalidad, así como a la interpretación “amplia” que imponen, podríamos señalar que cualquier actividad económica, sea local o transnacional, se encuentra incluida en su definición. Para complementar dicha concepción, el borrador del instrumento vinculante incluye dentro de la definición de actividad empresarial cualquier actividad económica de una empresa transnacional o de otra clase, sea productiva, comercial o de otra naturaleza, llevada a cabo por una persona física o jurídica. Dentro de este espectro de actividades también se incluyen aquellas desarrolladas por medios electrónicos.

En el mismo sentido, podemos definir una corporación como aquella entidad económica que opera en uno o varios países o un grupo de entidades que se desarrollan en uno o más países, con independencia de su forma jurídica, país de actividad o si son individuales o colectivas (Jernej, 2010, pp. 10-11).

Dentro del contexto de las actividades empresariales, en ningún caso, el ámbito de aplicación queda circunscrito a las relaciones laborales entre la víctima y la empresa causante de la vulneración de derecho. Por el contrario, las Reglas de La Haya serían de aplicación con independencia de la existencia o no de una relación jurídica previa entre las partes. En definitiva, lo verdaderamente relevante para que pueda someterse el conflicto a arbitraje es que exista una vulneración de derechos humanos provocada por actividades empresariales.

Por último, es importante señalar que el artículo 1 de las Reglas de La Haya dispone que no se exigirá que el conflicto se defina como una disputa

relativa a empresas y derechos humanos si todas las partes en la disputa han acordado resolver la cuestión mediante estas. Ahora bien, si el convenio arbitral es previo al conflicto podrían suscitarse problemas de interpretación derivados de una falta de claridad o determinación de la eventual controversia (Barona Vilar, 2018b, pp. 145-146), especialmente cuando se trata de verificar si concurren los elementos de derechos humanos y actividades empresariales. En estos casos, será el tribunal arbitral el que deberá decidir sobre su propia competencia y la validez del convenio arbitral.

IV. PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Por último, veremos qué personas o entidades pueden ser parte en el arbitraje para derechos humanos y empresas según lo regulado en las Reglas de La Haya. Es decir, si la vía arbitral se verá restringida únicamente a las víctimas y empresas infractoras, o si puede extenderse a otras partes intervinientes, tales como Estados u organizaciones civiles.

En los trabajos preparatorios que precedieron a las Reglas de La Haya se diferenciaban dos clases de conflictos. Por un lado, se encontraban aquellos entre víctimas y empresas, esto es, el supuesto en el que serían parte en el procedimiento arbitral una o varias víctimas frente a la empresa causante del daño. En este caso, no será necesaria ninguna relación previa de la víctima con la empresa infractora. Por otro lado, se encontrarían aquellos conflictos entre dos empresas, surgidos como consecuencia del incumplimiento de una cláusula contractual de derechos humanos. A diferencia del primer supuesto planteado, en este caso sí existe una relación jurídica previa entre las partes en el conflicto³.

Sin embargo, el texto final de las Reglas de La Haya no se ha limitado a establecer que las víctimas y las empresas infractoras son las únicas que podrán acudir a la vía arbitral para resolver sus controversias, sino que, de forma muy positiva, este ha previsto dicha posibilidad a favor de Estados, sindicatos, organizaciones internacionales y organizaciones civiles, así como cualesquiera otros sujetos. En definitiva, cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, podrá ser parte en el procedimiento arbitral.

Esto merece una valoración muy positiva en la medida en que, cuando hacemos referencia a derechos humanos y, específicamente, a los relacio-

³ Por ejemplo, un contrato de fabricación en el cual se estipula que las disputas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por parte de alguna de las dos empresas se someterán a arbitraje, de acuerdo con las Reglas de La Haya.

nados con el medio ambiente, no podemos cerrar el conflicto únicamente a empresas y víctimas, aun cuando sean estos los actores principales. Así pues, por una parte, tendremos a las víctimas, quienes pueden querer reclamar la compensación que les corresponde por el daño sufrido, pero también habrá en muchos casos organizaciones no gubernamentales de defensa del medio ambiente interesadas en el desarrollo del procedimiento, así como Estados u otras entidades públicas.

No podemos tampoco olvidar que será habitual la existencia de conflictos en los que haya una pluralidad de partes afectadas o que potencialmente pudieran estarlo, por la propia naturaleza de la materia en conflicto, como hemos adelantado en la sección II. C *supra*. Por dicho motivo, las Reglas de La Haya recogen dos situaciones que podríamos tildar de especiales en materia arbitral: el arbitraje multiparte y el arbitraje colectivo.

En relación con el primero, el arbitraje multiparte, el texto recoge la posible intervención de terceros que sean parte en el instrumento jurídico en el cual se inserta la cláusula de arbitraje o que pudiesen verse afectados por el mismo. Respecto del segundo, el arbitraje colectivo, no hay una mención expresa en el articulado, pero en el comentario del artículo 19 aparece reflejada la posibilidad del mismo. Naturalmente, esto último estará sujeto al criterio del tribunal arbitral, las circunstancias del caso, y también del contenido y contexto del acuerdo arbitral.

En el caso concreto del arbitraje colectivo debe valorarse su previsión, dado que actualmente ello no es una realidad en una buena parte de los ordenamientos jurídicos (Montesinos García, 2019). Por ello, cualquier inclusión al respecto que pueda dar pie a un futuro reconocimiento, debe ser más que bienvenida, igual que lo es la inclusión de una diversidad de partes que se puedan incorporar al proceso arbitral. Máxime si tenemos en cuenta la naturaleza colectiva del medio ambiente, que aconsejaría, en los ordenamientos en los que sea posible, su protección acorde a dicha naturaleza.

En definitiva, las Reglas de La Haya presentadas revisten de un carácter ambicioso y optimista, con la convicción de contribuir a mejorar la situación de millones de personas que sufren abusos derivados del impacto de actividades empresariales día a día. En este contexto, no puede negarse la relación íntima e inquebrantable que existe entre el medio ambiente y los derechos humanos, razón por la cual consideramos que el procedimiento regulado por las Reglas de La Haya podría complementar en gran medida los mecanismos ya existentes para la tutela de los derechos ambientales.

V. REFLEXIONES FINALES

En definitiva, el arbitraje en materia medioambiental no es actualmente solo una posibilidad, sino que este ya cuenta con precedentes asentados, especialmente en el ámbito de las controversias Estado-Estado o Estado-inversionista. Siendo ello así, ahora lo que se debe buscar es aplicarlo a otra clase de disputas. Específicamente, aquellas disputas en las cuales una o varias personas individuales sufren un perjuicio en su derecho a gozar de un medio ambiente adecuado —entendido aquel como el derecho de las personas a desarrollarse en un medio que les garantice unas condiciones mínimas inherentes a la dignidad humana, tales como la vida, la integridad física o el acceso a los recursos naturales—, pero también la protección del territorio o la propiedad privada.

Así, la aprobación de las Reglas de La Haya supuso una gran contribución en este ámbito, pues configura un procedimiento arbitral adaptado a la realidad de la materia que busca tutelar. Esto se plasma en los distintos elementos comentados en el presente texto, tales como la definición del ámbito de aplicación y la previsión de partes en el conflicto; así como en otros aspectos que no hemos podido abordar, como es el caso de la disposición referida a la designación de un árbitro de emergencia para la aprobación de medidas cautelares urgentes.

A mayor ahondamiento, creemos que si un elemento refleja la especialización de este tipo de controversias es el posible contenido del laudo, que puede ir desde la compensación puramente económica hasta inclusive garantías de no repetición en el futuro. Pues, qué duda cabe, en la mayoría de las ocasiones no se tratará de situaciones aisladas, sino situaciones que se reiteran en el tiempo y que, en efecto, afectan o puedan afectar a una pluralidad de personas, a las que se debe tratar de poner fin. Es por ello que el procedimiento arbitral regulado en las Reglas de La Haya se presenta, *a priori*, como una excelente vía para la tutela de los derechos ambientales.

Ahora bien, la realidad no resulta tan sencilla y, si bien puede parecer que el arbitraje es la solución idónea para todas las partes, no hay manera de poder asegurar que las empresas se presenten voluntariamente a un proceso de esta naturaleza. Además, suelen aparecer problemas referidos a la confluencia con el orden penal, en cuanto al deber de denunciar y la confidencialidad. Las empresas verían frustrado su objetivo de confidencialidad, si el árbitro se viese obligado a denunciar los hechos por ser constitutivos de infracción penal.

En el mismo sentido, aun cuando la conducta fuese ilícita (pero no delictiva), la confidencialidad propia de un procedimiento arbitral tampoco sería lo más aconsejable cuando se encuentran en juego el medio ambiente o los derechos de las personas, pues lo que se requiere en estos casos es transparencia y acceso a la información.

Por lo expuesto, consideramos que la configuración de un mecanismo arbitral para la tutela de los derechos ambientales efectivo debería partir de las siguientes premisas: (i) transparencia y acceso a la información; (ii) especialización de los árbitros; (iii) posibilidad de intervención de terceros; y, (iv) previsión de reclamaciones colectivas. Solamente de este modo podrá cumplir su cometido, el cual no es otro que reducir las barreras de los mecanismos de acceso a la justicia y que ninguna víctima quede sin reparación. 🗑️

REFERENCIAS

- Adeleke, F. (2016). Human rights and international investment arbitration. *South African Journal on Human Rights*, 32(1), 48-70. <https://doi.org/10.1080/02587203.2016.1162436>
- Barona Vilar, S. (2017). *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Tirant lo Blanch.
- (2018a). Retrato de la justicia civil en el siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz? *Revista Boliviana de Derecho*, (25), 416-444. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2070-81572018000100013&lng=es&nrm=iso
- (2018b). *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*. Tirant lo Blanch.
- Beharry, C., & Kuritzky, M. (2015). Going green: managing the environment through international investment arbitration. *American University International Law Review*, 30(3), 383-429. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1847&context=auilr>
- Blanc Altemir, A. (2003). Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente. *Revista Española de Derecho Internacional*, 55(1), 506-510.
- Boyd, D. (2012). *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment*. UBC Press.
- Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2019). *ICC Commission Report. Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*. <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-through-arbitration-and-adr/>
- Esplugues Mota, C. (2016). Quo vadis arbitratio? En S. Barona Vilar (coord.). *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 393-420). Civitas.
- Fairén Guillén, V. (1990). *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*. Bosch.
- Franco Del Pozo, M. (2000). *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*. Universidad de Deusto.
- International Bar Association [IBA] (2014). *Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report. Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*. <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04>
- Jernej, L. C. (2010). *Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights*. Europa Law Publishing.
- Montero Aroca, J. (2004). Artículo 2. Las materias de libre disposición. En Barona Vilar, S. (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Thomson Civitas.
- (2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Bosch.
- Montesinos García, A. (2019). *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*. Tirant lo Blanch.
- Planchadell Gargallo, A. (2015). La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, (4), 1-31.
- Urueña Hernández, R. (2018). Después de la fragmentación: ICCL, derechos humanos y arbitraje de inversiones. *MPIL Research Paper Series*, (30), 59-84.
- Vernet, J., & Jaria, J. (2007). El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho

internacional. *Teoría y realidad constitucional*, (20), 513-533. <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6774>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de junio de 1981, CABILEG/67/3 rev. 5, I.L.M. 58.

Center for International Legal Cooperation, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, 12 de diciembre de 2019.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo*, U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1 (1973), 11 I.L.M. 1416 (16 de junio de 1972).

Consejo de Derechos Humanos, Res. 26/9, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9 (16 de julio de 2019).

Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1114 U.N.T.S. 123.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, 21 I.L.M. 1261, 1833 U.N.T.S. 397

Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213. U.N.T.S. 221.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948)

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar', U.N. Doc HR/PUB/11/04 (16 de junio de 2011).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, U.N. Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, U.N. Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Adicional a la Convención a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de San Salvador), 28 I.L.M. 156, O.A.S.T.S. No. 69 (17 de noviembre de 1988).

Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje [CPA] para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales de la Corte Permanente de Arbitraje, 19 de junio de 2001. <https://docs.pca-cpa.org/2015/12/Reglamento-Facultativo-de-la-CPA-para-el-Arbitraje-de-Controversias-Relativas-a-Recursos-Naturales-yo-al-Medioambiente.pdf>