

RECIENTES AVANCES EN LA INCLUSIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y AMBIENTALES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Juan Pablo Naranjo Vallejo

Reseña del Autor: Abogado egresado de la Universidad de los Andes, magister en Derecho de los Negocios Europeos y Derecho Social de la Universidad Bocconi de Milán. Socio de Naranjo Vallejo Abogados S.A.S, Ex miembro de la Red de Mercados Emergentes (EMnet) de la OECD, Centro de Desarrollo, y de la Clínica Jurídica TradeLab en asesoría de acuerdos de transferencia tecnología a países africanos.

Abstract: Este artículo examina una reciente tendencia de algunos Tribunales Arbitrales Internacionales que consiste en acoger excepciones de Estados subdesarrollados y/o emergentes que incluyan la protección de derechos humanos y/o ambientales. El arbitraje internacional está en un momento de cambio, con una discusión en torno a incluir en las decisiones temas de protección al interés general, ambiente y/o derechos humanos que normalmente escapan del Business Law. Se discute si se deben interponer nuevas obligaciones en cabeza del inversionista de respetar un mínimo de comportamiento en los contratos de inversión. Por ende, se buscará hacer algunas recomendaciones para modernizar las legislaciones en materia inversión extranjera.

De forma reciente, se dio a conocer que el Estado Colombiano ganó el Arbitraje Internacional de Inversiones del caso *Eco Oro Mineral Corporation* ante la CIADI en el cual se desestimaron las pretensiones del inversionista que pretendía la explotación minera en el páramo de Santurbán (Arb P. Juliet Blanch ICSID, No. ARB/16/41, 2024). Igualmente, Colombia este año ganó el caso *Meritage*, en el cual un tribunal arbitral de la CIADI acogió por primera vez la excepción de seguridad esencial del Estado, en donde se alegó la protección del interés general de evitar lavado de activos (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2024). También, Colombia ganó en los pasados meses otros arbitrajes internacionales con victoria parcial del Estado Colombiano, por ejemplo, contra la minera canadiense *Montauk Metals Inc* (antes *Galway Gold Inc*) ante la CIADI, en la cual se reconoció también el argumento del Estado Colombiano de protección del medio ambiente de salvaguardar los páramos como excepción. En consecuencia, se demuestra que hay una nueva tendencia el arbitraje internacional de inversiones de acoger excepciones basadas en la protección del medio ambiente e el interés general de los países en desarrollo. Estos casos hacen parte de la discusión en torno a si existen obligaciones en cabeza del inversionista y no solo obligaciones en cabeza del Estado que acoge las inversiones. En otras palabras, estos recientes laudos arbitrales se enmarcan en la discusión de la inclusión de protección de derechos humanos y ambientales en el arbitraje internacional.

Este artículo argumenta que este cambio en cómo se percibe el arbitraje internacional de inversiones debe ser acompañado por iniciativas legislativas y firma de acuerdos internacionales por parte de los países subdesarrollados y/o emergentes, con el objetivo de incorporar obligaciones claras y exigibles en cabeza del inversionista. De esta manera, se resumirá como fue concebido el arbitraje internacional en sus inicios históricos, luego se describirá en que consiste el cambio en la concepción del arbitraje internacional actual, esto es la inclusión de derechos humanos o derechos ambientales en las decisiones arbitrales, y daremos una conclusión acerca de la postura que debería adoptar Colombia en relación con esta nueva tendencia. La pregunta para resolver será ¿Debe Colombia incluir una nueva legislación de inversiones en materia de protección de derechos humanos y ambientales al anticipar posibles arbitrajes internacionales? La respuesta no es sencilla, pues como cualquier país emergente, aumentar los requisitos para la entrada de capitales puede ahuyentar a numerosos inversionistas, o volver a un país anticompetitivo en comparación con países de la región.

Para comenzar, es de resaltar que la expansión moderna del Arbitraje Internacional como mecanismo de resolución de disputas entre inversionistas y estados receptores de capital en el mundo de la globalización es producto de un orden mundial pactado y diseñado por las potencias aliadas, lideradas por Estados Unidos, al culminar la segunda guerra mundial. En esta medida, los acuerdos de Bretton Woods (1944), la creación de organizaciones internacionales como el FMI (1944), Banco Mundial (1944), los acuerdos del GATT (1947) de su momento, posterior WTO (1995), tenían y tienen como principal finalidad expandir el libre comercio y sobre todo “blindar” las inversiones de los países desarrollados en países emergentes (Vallejo, 2007). Es de resaltar que para el 2021, datos de la CIADI, demuestran que más del 80% de los arbitrajes de inversiones se llevan a cabo en contra de países subdesarrollados u emergentes, esto pues 26% de los casos se llevan en contra de estados de la Europa Oriental y Asia Central (gran mayoría países ex Unión Soviética), 22% América del Sur, 6% Centro América y el Caribe, 11 % Oriente Medio y África del Norte, 15% África Subsahariana, y 7% Asia Oriental, Sur y del Pacífico. En consecuencia, se demuestra la tendencia de la utilización del Arbitraje Internacional para proteger intereses de inversionistas de países desarrollados en países en vía de desarrollo.

Del mismo modo, tradicionalmente los acuerdos de inversiones, y por consiguiente el Arbitraje Internacional como mecanismo para resolver las disputas entre Estados e Inversionistas, se concibieron como el instrumento que por naturaleza protege al inversionista extranjero. Por lo tanto, dichos mecanismos establecen obligaciones unilaterales en cabeza de los Estados receptores de la inversión, pero por el contrario no establecen en general obligaciones, aparte del pago del capital, en cabeza del Inversionista (Aaken, y otros, 2023). En este orden de ideas, es recurrente que los países en desarrollo negocien con inversores de países desarrollados acuerdos especiales de inversión, los cuales

incluso pueden contener cláusulas de permanencia de condiciones legales por un periodo amplió de tiempo (McLaughlin, 1979).

En efecto los tratados de inversión son de largo plazo, con proyección de inversiones y tuvieron su origen histórico en los contratos de concesiones del siglo XVII, XVIII y XIX (McLaughlin, 1979). En este sentido, el inversionista extranjero se obligaba a un proyecto de inversión a largo plazo enmarcado en el plan de desarrollo de un país, a cambio, los Estados ofrecían condiciones especiales, incluso a perpetuidad, al inversionista, como en el *Tratado Hay-Bunau Varilla* con concesión a perpetuidad para los Estados Unidos del canal de Panamá (Canal de Panamá, 2024). Otros ejemplos de estos contratos fueron la *Concesión Wyse* para *Société Civile Internationale du Canal Interocéanique de Darien* (1877) o la concesión del *Suez Canal Company* (1858-1955). Es de subrayar que el primer tribunal arbitral de inversiones se realizó entre Egipto y la *Suez Canal Company* en 1864, en el cual Egipto intentó eliminar formas semejantes a la esclavitud y la compañía privada concesionaria alegó indemnización por las medidas implementadas que eliminaban el trabajo forzado. Como conclusión, el tribunal arbitral determinó que las partes estaban subordinadas al contrato, por lo tanto, existía la obligación de permanencia de ley en el tiempo a favor del inversionista. Este caso forjó un gran precedente de protección del inversionista en detrimento de intereses de mayor jerarquía -eliminación de la esclavitud, por ejemplo- (Yackee, 2016). Por consiguiente, se demuestra como por un largo periodo de tiempo los acuerdos de inversión, y en consecuencia el arbitraje internacional de inversiones, han sido diseñados para garantizar condiciones favorables al inversionista, pero donde no existen derechos u obligaciones en cabeza de este adicionales.

Es por esto por lo que autores como Moura (2008) exponen que el arbitraje internacional, durante gran parte del siglo XX, en Latinoamérica fue altamente rechazado, pues se veía al arbitraje internacional como un instrumento de ex potencias coloniales para mantener su inferencia de poder en los Estados latinoamericanos. Por lo tanto, durante casi todo el siglo XX, nuestros países adoptaron lo que se denominó la doctrina Calvo, la cual establecía que los inversionistas extranjeros debían renunciar a la protección diplomática de su país de origen y aceptar las decisiones o garantías dadas en el país donde se realizaba la inversión (Sierra & López, 2020). Ahora bien, dicha posición de Latinoamericana no podía ser mantenida con un orden mundial, donde las exigencias de ingreso de capitales se tornaron competitivos y necesarios en una globalización organizada económicamente en torno de los acuerdos Bretton Woods (1944). Lo anterior se acentuó con la crisis de endeudamiento de los Estados de América Latina de 1982, tras lo cual el FMI “recomendó” (ordenó) la apertura de las economías latinoamericanas al libre comercio (Nemiña, Pablo, & Larralde, Juan. , 2018). Esto lo demuestra el hecho de que, por ejemplo, la *Convención de Nueva York en materia de arbitraje internacional comercial de 1958* fue ratificada solo hasta 2002 por Brasil, en 1989 por Argentina, 1979 por Colombia, 1982 por México (United Nations, 1958). En

consecuencia, la aceptación del Arbitraje Internacional como mecanismo de resolución de disputas internacionales es reciente en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Ahora bien, con la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, la formación del Consejo de Europa 1959, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1959, la Comisión Interamericana de derechos humanos 1969, entre otros mecanismos internacionales, poco a poco se ha expandido la idea de respeto de los derechos humanos en todo tipo de actuaciones jurídicas en el mundo occidental. Esto ha sido acompañado de iniciativas de los países de “occidente” de incluir derechos humanos o fundamentales en sus constituciones nacionales y tratados multilaterales (IOE, 2021). De esta manera, se han incluido en la discusión de protección de derechos humanos y ambientales políticas de respeto de derechos humanos y medio ambiente incluso en el derecho de los negocios (*Business Law*).

Uno de estos ejemplos son los estándares de conducta en las cadenas de suministro entre filiales y empresas controlantes dentro del *Environment Social Governance* (ESG). En efecto, en 2022 se propuso la EU Supply Chain Directive (European Union Commission, 2022), la cual plantea estándares mínimos en la cadena de suministro de las empresas con sede en la Unión Europea en materia de respeto de derechos humanos y ambientales. Igualmente, otras legislaciones han añadido obligaciones a empresas e inversionistas en el comercio internacional como el UK Modern Slavery Act de la 2015 (Reino Unido), el Swiss Supply Chain 2021 (Suiza) o el Dutch Child Labour Due Diligence Law 2019 (Alemania), entre otras (IOE, 2021). Por lo tanto, de forma reciente legislaciones nacionales de países desarrollados han incorporado leyes de un mínimo de comportamiento en respeto de derechos sociales, ambientales y derechos humanos a empresas dentro y fuera de sus territorios nacionales. Por consiguiente, existe una nueva visión acerca de la inclusión de derechos sociales, económicos, promovida también por occidente, lo cual está permeando todas las actuaciones jurídicas en el mundo empresarial.

A dicha tendencia de incluir el respeto de derechos humanos y ambientales se le ha unido el arbitraje internacional, el cual no ha sido ajeno a dichas discusiones. Por ejemplo, en el 2017 se planteó por primera vez por Naciones Unidas la creación de un instrumento legalmente vinculante en protección de derechos humanos para empresas transnacionales, sin embargo, dicha propuesta avanza de forma lenta en los acuerdos políticos de la organización internacional (Aaken, y otros, 2023). De forma paralela, las *Reglas de La Haya en arbitraje que involucre a empresas y derechos humanos* comenzaron a ser recopiladas también en 2017 a iniciativa de académicos y practicantes del arbitraje internacional y fueron publicadas en el año 2019 por el grupo de trabajo en negocios y derechos humanos en arbitraje *del Centro para Cooperación Legal Internacional* (CILC, 2019). Esta recopilación se relaciona también

a situaciones recurrentes de Estados emergentes que se enfrentan a arbitrajes internacionales donde puede haber casos de corrupción o delitos comprobados cometidos por parte del inversionista, pero donde el arbitraje protege la inversión, se mantiene su carácter confidencial y con decisiones que pueden ser desfavorables para los Estados, de forma injusta. A causa de lo anterior, con las *Reglas de La Haya* se ha comenzado a plantear en el arbitraje internacional que el inversionista extranjero debe responder por violar derechos humanos u ambientales en el país receptor de las inversiones (Aaken, y otros, 2023).

Es tanto así, que de forma reciente Naciones Unidas, UNCITRAL (2023) realizó, con base al *Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Forty-sixth session, Side Event Academic Forum 2023*, un *paper* estableciendo el alcance potencial de la inclusión de las *Reglas de La Haya en arbitraje que involucre a empresas y derechos humanos* en una legislación nacional de inversión o tratados de inversión por parte de los Estados. Es así como una de las propuestas de UNCITRAL (*Working Group III Investor-State Dispute Settlement Reform*) es que, en virtud del acuerdo de inversión, el inversionista se obligue también a que cualquier controversia surgida entre el Inversionista o el Estado este incluida la cláusula de respeto de las *Reglas de La Haya*, y por ende la protección de derechos ambientales y derechos humanos. Esta inclusión abriría la posibilidad de que no sea solo el Estado que pueda demandar al inversionista en caso de violación de derechos humanos u ambientales en arbitraje internacional de inversiones, puesto que, bajo las *Reglas de la Haya art 19*, los particulares afectados pueden demandar ante tribunal arbitral internacional arbitral los perjuicios en acción de grupo (*class action*) o de forma independiente (Aaken, y otros, 2023). Por consiguiente, la aparición de nuevos mecanismos internacionales, con inclusión de participación de víctimas de violación de derechos humanos y sugerencias de incorporar nuevas legislaciones de inversión, parece una nueva tendencia a evaluar en los arbitrajes internacionales modernos.

En efecto, existe un aumento considerable de la argumentación de violación de derechos humanos por parte de los Estados demandados en tribunales arbitrales como defensa ante el inversionista. Por ejemplo, en *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Bolivia argumentó protección de derechos humanos de acceso al agua, en *Veolia v Egypt* se argumentó la protección de acceso a un salario digno por parte del Estado Egipcio a sus habitantes, en *Biwater Gauff vs Tanzania* el Estado africano se defendió argumentando que el inversionista creó una real amenaza a la salud pública y bienestar general, entre otros. En esta medida, hay una tendencia creciente de los Estados emergentes o subdesarrollados de defenderse alegando violación de derechos humanos u ambientales (Kube & Petersmann, 2016).

No obstante, a pesar de que se ha comenzado a incluir la discusión del estudio de derechos humanos en el arbitraje internacional comercial y de inversión, esto no es suficiente para

incluir verdaderas obligaciones en cabeza del inversionista en materia de respeto de derechos sociales, ambientales o fundamentales. Por ejemplo, en el caso *Azurix*, el Estado Argentino no pudo argumentar a suficiencia que las medidas adoptadas durante las crisis económicas de los años 1999, encaminadas a garantizar el acceso a agua y gas a sus habitantes, al buscar bloquear el aumento de precios de estos recursos, constituía una excepción válida oponible al inversionista extranjero (Kube & Petersmann, 2016). En este sentido, incluir las *Reglas de La Haya* en materia de derechos humanos en tratados de inversión o legislación interna de inversiones podría traer beneficios para los Estados emergentes. Por ejemplo, las *Reglas de La Haya* plantean que los árbitros escogidos deben contar con experiencia suficiente en materia de derechos humanos y derecho de los negocios (*business law*) -Art 6- para resolver las disputas, lo cual de por sí es un avance en caso de presentarse un caso de vulneración de dichos derechos por parte del inversionista (CILC, 2019). Por ende, autores como Aaken, y otros, 2023, sostienen que los Estados deberían incluir nuevas legislaciones de inversión que consideren protección de derechos humanos u ambientales o hagan referencia a la aplicabilidad de las *Reglas de La Haya* para hacerlas vinculantes en contra del inversionista.

En conclusión, se sostiene que Colombia debería aprovechar que laudos arbitrales a su favor, el caso *Meritage*, el caso *Gold Inc Company*, el caso *Eco Oro*, dan espacio para repensar la posición de Estados emergentes ante el inversionista en los acuerdos de inversión y tribunales arbitrales. Estos casos demuestran que por fin hay una modificación de visión en el arbitraje internacional favorable a los Estados subdesarrollados. Es decir, una postura donde los inversionistas y empresas tienen obligaciones en sus actuaciones transnacionales, donde deben respetar derechos sociales, ambientales y humanos. Empero, este cambio de postura no es suficiente para lograr una verdadera modificación de la visión tradicional del arbitraje internacional. El arbitraje internacional de inversión continúa siendo un instrumento creado por potencias desarrolladas para proteger sus intereses. Así, una de las sugerencias para crear obligaciones en cabeza del inversionista y aumentar los derechos de los Estados, es incluir legislaciones modernas de inversión que sienten las bases de las reglas de juego de respeto de derechos humanos y ambientales con el inversionista. De esta forma, Las *Reglas de La Haya* son una propuesta a estudiar por Colombia. Se recuerda que dicho instrumento contiene modelos o propuestas a los Estados, en su anexo 1, para ser incluidas en los tratados de inversión (CILC, 2019, págs. 101-108).

En este sentido, se insiste en que se debe aprovechar el momento de cambio que se vive en el arbitraje internacional e incluir este tipo de cláusulas. Sin embargo, se recomienda incluir los formatos generales y no específicos, para evitar ahuyentar la inversión extranjera y dar lugar a mayor interpretación por parte de los tribunales arbitrales. Una de las propuestas del autor y que podría ser estudiado en otro artículo es hacer un estudio legal comparado en los países donde provienen la mayoría de los inversionistas, examinar cuales son los estándares

de conducta de las cadenas de suministro que posiblemente han incluido sus legislaciones y obligar al inversionista a cómo mínimo respetar esos estándares de su legislación nacional.

Bibliografía

- Aaken, A. v., Desierto, D. A., Ratner, S., Sangiuolo, G., Scheltema, M., & Yiannibas, K. (2023). The Human Rights Remedy Gap in ISDS – The Potential of the Hague Rules on business and human rights arbitration. *UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Forty-sixth session, Side Event Academic Forum, 11th October 2023*, 1-52.
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2024). Angel Samuel Seda and others v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6. Caso Meritage: !Histórica Victoria para Colombia! *Press release* .
- Arb P. Juliet Blanch ICSID, No. ARB/16/41. (2024). Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41.
- Canal de Panamá. (2024). La Construcción del Canal Francés. *Autoridad del Canal de Panamá*. Tratto da <https://pancanal.com/la-construccion-del-canal-frances/>
- CIADI. (2021). Carga de Casos del CIADI. *Banco Mundial, CIADI Centro Internacional de Arreglo de las diferencias relativas a Inversiones*, 1-32. Tratto da <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition-SPA.pdf>
- CILC. (2019). he Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. *The Hague, Center for International Legal Coperation*. Tratto da https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf
- European Union Comission. (2022). Economía justa y sostenible: la Comisión establece normas para que las empresas respeten los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas de suministro mundiales. Tratto da https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145
- IOE. (2021). Key Developments in mandatory human rights due diligence and supply chain law: Consideration for employers. *Konrad Adenauer Stiftung*, 1-36. Tratto da <https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156042&token=ee1bad43bfa8dbf9756245780a572ff4877a86d5>
- Kube, V., & Petersmann, E.-U. (2016). Human rights law in international investment arbitration. *European University Institute, EUI Working Paper LAW 2016/02*, 1-26.

- Martin Jarrett, Sergio Puig, and Steven Ratner. (2021). Martin Jarrett, Sergio Puig, and Steven Ratner, Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals. *12 Journal of International Dispute Settlement* 259.
- Mclaughlin, J. T. (1979). Arbitration and developing countries. *The international lawyer*, 211-232. Tratto da <http://www.jstor.org/stable/40705956>. Accessed 16 July 2024
- Nemiña, Pablo, & Larralde, Juan. . (2018). Etapas históricas de la relación entre el Fondo Monetario Internacional y América Latina (1944-2015). *América Latina en la historia económica*, 25(1), 275-313. <https://doi.org/10.18232/alhe.v25i1.858>.
- Sierra, A. Á., & López, J. D. (2020). EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES ¿ Es realmente el mecanismo idoneo para fortalecer el crecimiento económico en Colombia? *Universidad Javeriana, Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 21*: 163-186.
- United Nations. (1958). Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Tratto da https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status 2
- Vallejo, P. R. (2007). El Arbitraje de Inversiones y los retos de la globalización. *Universidad de los Andes: Revista de Derecho Privado*, 38, 3-23.
- Yackee, J. W. (2016). The First Investor-State Arbitration: The Suez Canal Company v Egypt (1864). *The Journal of World Investment & Trade*.