



EL PROCESO DE ADOPCIÓN GLOBAL DE NORMAS VINCULANTES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: IMPLICACIONES PARA EL ECUADOR

Centro de Derechos Económicos
y Sociales —CDES

Calles Isla Isabela N44-476
y Av. 6 de Diciembre.
Código postal 17050.
Quito, Ecuador.
+593 99 871 7848
cdes@cdes.org.ec
www.cdes.org.ec

Adrián Cornejo. **El proceso de adopción global de normas vinculantes sobre empresas y derechos humanos: implicaciones para el Ecuador**

Centro de Derechos Económicos y Sociales —CDES.
Marzo 2023.

Adrián Cornejo
Elaboración

Verónica Iturralde
Diagramación

Está permitida la copia, distribución, exhibición y utilización de la obra bajo las siguientes condiciones:

- Atribución: se debe mencionar la fuente (título de la obra, autor, organización, año).
- No comercial: no se permite la utilización de esta obra con fines comerciales.

Esta publicación cuenta con la colaboración de la Coalición Flamenca para la Cooperación Norte-Sur 11.11.11. Su contenido es responsabilidad exclusiva de CDES Ecuador y no refleja necesariamente la opinión del cooperante.

**EL PROCESO DE ADOPCIÓN GLOBAL
DE NORMAS VINCULANTES SOBRE
EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS:
IMPLICACIONES PARA EL ECUADOR**

ÍNDICE

5 RESUMEN

7 I. LA TRAYECTORIA DE LAS NEGOCIACIONES DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE

10 UN MARCO DE PRINCIPIOS VOLUNTARIOS PARA ORIENTAR LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

11 EL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE

15 EL TERCER BORRADOR

18 II. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA REFORZAR EL VÍNCULO ENTRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

20 1. REVISIÓN DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN VIGENTES, E INCORPORACIÓN DE OBLIGACIONES VINCULANTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS PARA LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

24 2. PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

26 3. VINCULAR LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE) Y LAS NORMAS SOBRE DEBIDA DILIGENCIA.

27 4. INCORPORAR NORMAS SOBRE DEBIDA DILIGENCIA Y OBLIGACIONES VINCULANTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS PARA LAS EMPRESAS, EN LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN Y LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

30 CONCLUSIONES

RESUMEN

En los últimos treinta años se observa una gran ampliación del derecho internacional de la inversión extranjera que ha reforzado los derechos de los inversionistas extranjeros, incluso por encima de los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos. En contraste, no existen todavía normas de derecho internacional que establezcan obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos a cargo de las empresas transnacionales.

Esta asimetría normativa provoca múltiples problemas para sancionar y prevenir eventuales vulneraciones a los derechos humanos por parte de empresas transnacionales y sus partes relacionadas: cuando la empresa se retira del país donde se produjeron las vulneraciones, es muy difícil materializar su responsabilidad con los recursos jurídicos actualmente disponibles a nivel nacional.

Una de las alternativas para solucionar este problema, es la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para las empresas transnacionales que: a) establezca obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos para las empresas; y, b) resuelva los problemas de jurisdicción y competencia que enfrentan los tribunales locales, a fin de impedir que las empresas se refugien en sus países de domicilio, o que vuelvan a cometer vulneraciones en otros países.

En el presente informe, se busca describir el proceso de negociación del instrumento vinculante para empresas transnacionales que se desarrolla actualmente en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Se argumenta que el impulso de este instrumento es parte de un conjunto

más amplio de iniciativas impulsadas a nivel internacional para contrapesar el significativo reforzamiento de los derechos del inversionista extranjero de las últimas décadas.

Así por ejemplo, el impulso de la negociación de un instrumento vinculante por parte del Ecuador, transcurrió en el contexto más amplio de una revisión completa de sus compromisos internacionales en materia de inversión que incluyeron la denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), y la denuncia de sus 27 Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI) vigentes¹.

La iniciativa de impulsar este instrumento internacional, ha sucedido a la par que se desarrollan medidas a nivel nacional que buscan garantizar la prevención de vulneraciones de derechos humanos por parte de empresas, y en caso de producirse, garantizar la reparación de los daños a las víctimas.

En la segunda parte del presente informe, con referencia al caso ecuatoriano, se estudian algunas de las medidas emprendidas para limitar la exposición de los Estados a los riesgos del arbitraje inversionista - Estado, y otras medidas adoptadas en ámbitos diversos como la contratación pública, la debida diligencia, los contratos de inversión, entre otros, que están orientadas a establecer un marco de responsabilidades para las empresas transnacionales en el ámbito de los derechos humanos.

El informe concluye que la materialización de obligaciones vinculantes para las empresas transnacionales y sus partes relacionadas a través de toda la cadena

¹ Ecuador ha sido objeto de múltiples demandas arbitrales a nivel internacional, y es también el escenario de uno de los casos más relevantes de daño socio ambiental que involucra a una empresa transnacional: el caso Chevrón.

de valor, requiere de la adopción de un instrumento vinculante a nivel internacional, pero que mientras culmine su proceso de negociación y ratificación por un número relevante de países, los Estados pueden adelantar medidas de orden voluntario y vinculante en su ordenamiento interno, que permitan garantizar la prevención, sanción, y reparación de las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales.

**I. LA TRAYECTORIA DE
LAS NEGOCIACIONES
DEL INSTRUMENTO
JURÍDICAMENTE
VINCULANTE**

I. LA TRAYECTORIA DE LAS NEGOCIACIONES DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE

La responsabilidad de garantizar los derechos humanos ha recaído tradicionalmente en los Estados. En la actualidad contamos con múltiples tratados internacionales de derechos humanos y mecanismos regionales e internacionales para hacer efectiva la responsabilidad de los Estados en caso de vulneraciones a derechos humanos. El supuesto que está en la base de este sistema es que el Estado es el principal sujeto del derecho internacional, y es la única entidad que puede asumir obligaciones de tipo vinculante en esta materia.

Sin embargo, en los últimos años se ha hecho cada vez más patente el gran impacto que puede tener la actividad de las empresas transnacionales en la realización de los derechos humanos. En el ámbito de las Naciones Unidas y otros foros regionales, se han desarrollado múltiples iniciativas para delimitar los derechos y obligaciones de estos actores en el derecho internacional, y especialmente en relación con los derechos humanos.

A pesar de los avances alcanzados, el desarrollo de un marco normativo que delimite la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales ha seguido una evolución lenta. Ello contrasta con el amplio desarrollo del derecho corporativo transnacional, especialmente a través del régimen internacional de solución de controversias inversionista-Estado².

El derecho internacional de la inversión extranjera ha expandido el contenido de los estándares de protección a la inversión, al punto de otorgar una amplia protección al inversionista que incluye el poder de

recurrir directamente a mecanismos de arbitraje internacional, sin tener que agotar instancias judiciales nacionales.

Además, las decisiones del sistema de arbitraje inversionista - Estado no suelen considerar las obligaciones que tienen los Estados de respetar y proteger los derechos humanos de su población, hasta llegar al punto de disuadir o retrasar considerablemente la adopción de medidas para proteger la salud pública o el medio ambiente por parte de los Estados, por el temor de verse expuestos a demandas arbitrales internacionales³.

En cambio, las personas o comunidades que buscan la reparación de sus derechos lesionados por vulneraciones cometidas por empresas transnacionales, no cuentan con recursos efectivos en sus propias instituciones nacionales o ante instituciones internacionales especializadas. En este sentido, se han multiplicado las voces que exigen una revisión del sistema con el fin de balancear el régimen internacional de protección de inversiones y el derecho internacional de los Derechos Humanos.

De esta forma, varios Estados han emprendido una revisión profunda de sus compromisos internacionales en materia de inversión. Estas acciones han estado motivadas, en muchas ocasiones, por la necesidad de armonizar sus obligaciones respecto a la inversión extranjera con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

De forma paralela, la comunidad internacional ha respondido con el desarrollo de dos enfoques. Uno de tipo voluntario, que se expresa en instrumentos como los "Principios

2 Bas Vilizzio, M., (2020) "Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos", Tesis Doctoral, Universidad Nacional de La Plata,, p.116, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/117289>,

3 Echaide, Javier (2021). Efectividad de los derechos humanos en jaque: arbitrajes de inversiones en el marco del COVID-19. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 18/ Nº 51-2021. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/11444/12021>

Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos⁴; y, otro de tipo vinculante, que busca la adopción de un instrumento para regular, en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas.

Impunidad corporativa

El 30 de Julio de 2022, la Corte Suprema de Justicia argentina rechazó un recurso presentado por un grupo de pobladores indígenas y campesinos del Ecuador que buscaban ejecutar la sentencia del denominado caso “Lago Agrio”, que condenó a la empresa Chevron a indemnizar con USD 9.500 millones a la población afectada por la contaminación ambiental generada durante las operaciones de la empresa en el territorio ecuatoriano.

Chevron (en ese entonces “Texaco”) abandonó el Ecuador en la década del 90, y frente a la inexistencia de activos de la empresa en el país, los demandantes han buscado, todavía sin éxito, ejecutar la sentencia en jurisdicciones donde Chevron posea activos.

El fallo de la justicia argentina confirmó de esta manera, el criterio de un fallo previo del 2013 en el que se concluyó que los accionantes ecuatorianos habían demandado a una subsidiaria de Chevron Corporation en Argentina que, no obstante esa calidad, tenía una personalidad jurídica y patrimonio distinto a la de la matriz, y que por tanto no había participado en el juicio llevado a cabo en el Ecuador⁵.

A pesar de transcurrir más de una década desde que se emitiera la sentencia del caso “Lago Agrio”, los demandantes aún no logran obtener la reparación de sus derechos. A la par, la compañía demandó al estado ecuatoriano ante un tribunal arbitral a fin de obligarlo a impedir que se ejecute esa sentencia. El 31 de agosto de 2018, un tribunal arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya emitió un laudo en favor de la empresa, ordenando a Ecuador anular el fallo de la Corte Provincial de Sucumbíos, y a pagar una indemnización todavía no cuantificada⁶.

El caso Chevron revela los enormes obstáculos que enfrentan las comunidades y personas afectadas por actividades de empresas transnacionales para obtener reparación por vulneraciones a sus derechos, o al menos lograr que se investiguen esos hechos. La complejidad que representa la actuación de las empresas transnacionales, que despliegan sus actividades a través de múltiples jurisdicciones, y la intrincada red de relaciones entre matrices y subsidiarias a lo largo de la cadena de valor de las empresas, funcionan como escudos de protección para diluir la potencial responsabilidad frente a vulneraciones de derechos humanos.

4 Consejo de Derechos Humanos (2008), Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. , https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril2008.pdf

5 Centro de Información Judicial (2013). La Corte Suprema dejó sin efecto una sentencia que trababa un embargo sobre bienes de Chevron Argentina. Disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-11569-La-Corte-Suprema-dejo-sin-efecto-una-sentencia-que-trababa-un-embargo-sobre-bienes-de-Chevron-Argentina.html>

6 CIAR GLOBAL (2020), Un Tribunal De La Haya Da La Razón A Chevron Frente A Ecuador Ante Fase Final Del Arbitraje. Disponible en <https://ciarglobal.com/tribunal-de-la-haya-da-la-razon-a-chevron-frente-a-ecuador-ante-fase-final-del-arbitraje/>

UN MARCO DE PRINCIPIOS VOLUNTARIOS PARA ORIENTAR LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

En el año 2003, la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó las denominadas “Normas sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos”⁷, que establecían responsabilidades internacionales obligatorias para las empresas por vulneraciones a una amplia gama de derechos entre los cuales se incluían los derechos laborales, ambientales y humanos.

La fuerte oposición frente a este texto, impulsada por varios Estados desarrollados, llevó a que la Comisión de Derechos Humanos declarara finalmente que las normas no tenían fundamento legal⁸.

En 2005, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) que designara a un representante especial para investigar y clarificar los estándares de responsabilidad internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos. Especialmente, se buscaba aclarar si las empresas deberían tener obligaciones específicas para contribuir a la realización de los derechos humanos y qué instituciones y formas de control serían las más adecuadas para garantizar su cumplimiento.

Así, en abril del 2008 se hizo pública la propuesta denominada “Principios Ruggie”⁹ que se sustentaba en tres pilares:

a) los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de su población frente a abusos cometidos por empresas transnacionales; b) las empresas tienen la responsabilidad de respetar todos los derechos humanos, pero sobre la base del principio de “responsabilidades diferenciadas pero complementarias” respecto de los Estados; y c) el Estado debe garantizar el acceso a mecanismos legales para la investigación y sanción de supuestas violaciones.

De acuerdo con esta posición, las empresas solo tienen una responsabilidad de respetar los Derechos Humanos, constituida por obligaciones de tipo “negativo”: las empresas deben abstenerse o evitar que sus acciones, o de aquellas empresas o proveedores a quienes se encuentren asociados, afecten los derechos de terceros¹⁰.

Sin embargo, el deber de respetar, no supondría sólo conductas meramente pasivas de las empresas. Implicaría también la responsabilidad de tomar medidas para garantizar que sus operaciones no tengan consecuencias negativas para los derechos humanos. De esa forma, la responsabilidad de respetar se vincula con la noción de “debida diligencia”, que se refiere a las medidas que una empresa debe adoptar para prevenir y reparar los impactos negativos que sus operaciones puedan provocar sobre los derechos humanos.

De acuerdo con las Naciones Unidas, los procesos de debida diligencia deben considerar los impactos que se pueden derivar de las relaciones comerciales entre las empresas y otros agentes como socios, proveedores, y otros actores no estatales.

7 Bilchitz, David (2010). El marco ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas? SUR, v. 7 n. 12, jun. 2010, p. 211. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf>

8 Ibíd.

9 Consejo de Derechos Humanos (2008).

10 “(R)espetar los derechos humanos significa básicamente no infringir los derechos de los demás, es decir, no causar perjuicios”. Consejo de Derechos Humanos (2008, párrafo 24).

Lo que implica el deber de las empresas de no participar indirectamente en prácticas de abuso de derechos ocasionados por terceros relacionados.

Se ha observado que una de las limitaciones de los “Principios Ruggie” es su renuencia a aceptar que las empresas posean responsabilidades jurídicas vinculantes: las obligaciones de tipo “positivo” como las de “proteger” los derechos humanos sólo corresponden a los Estados, y la responsabilidad de las empresas no debe tomarse como una excusa para trasladar hacia ellas, competencias que deben ejercer principalmente los Estados¹¹.

En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos adoptó el marco Ruggie, y formuló los denominados “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para Proteger, Respetar y Remediar” (en adelante: “los principios rectores”), que constituyen un conjunto de 31 principios que se dirigen tanto a los Estados como a las empresas, que pretenden establecer las obligaciones y responsabilidades de ambas partes en relación con la protección y el respeto de los derechos humanos. Además, buscan delinear parámetros para garantizar un acceso efectivo a recursos judiciales adecuados para las poblaciones afectadas por actividades empresariales.

Sin embargo, los principios rectores no constituyen un instrumento internacional sujeto a la ratificación de los Estados, y no son fuente de obligaciones jurídicas nuevas, sino que sólo buscaron aclarar

algunas obligaciones ya existentes para los Estados en el derecho internacional de los derechos humanos. De parte de las empresas, su cumplimiento sigue siendo voluntario, y la obligación de practicar medidas de “debida diligencia” dependen de la legislación nacional¹².

Otras críticas contra los “principios rectores” apuntan a que definen una base muy estrecha de normas de derechos humanos a ser respetadas por las empresas (la Carta Internacional de los Derechos Humanos y la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo), dejando por fuera otras obligaciones nacidas en otros instrumentos internacionales, e incluso, por la propia costumbre internacional. Finalmente, se ha criticado también que el nivel de generalidad de los principios rectores deja abierta la puerta a que sean las propias corporaciones las que decidan como aplicar las recomendaciones de Ruggie¹³.

EL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE

A pesar de que ha transcurrido más de una década desde la vigencia de los principios rectores, se puede observar un lento desarrollo de las acciones destinadas a implementarlos a nivel nacional e internacional. Esta coyuntura coincide con otra de incremento exponencial de las demandas arbitraje - Estado, que han puesto en riesgo políticas medioambientales, de protección de la salud y de ejercicio de la soberanía

11 Bilchitz, David (2010), p. 209-241

12 Cantú Rivera, Humberto (2012). Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, 2013, pp. 331-339.

13 Cantú Rivera, Humberto (2012).

regulatoria de los Estados sobre los recursos naturales¹⁴.

Esta situación, de asimetría de poder entre las empresas transnacionales y los Estados, motivó a que reapareciera el debate sobre la necesidad de un instrumento jurídicamente vinculante en materia de responsabilidad internacional de las empresas transnacionales por vulneraciones a los derechos humanos¹⁵.

En septiembre de 2012, conjuntamente con Sudáfrica, el Ecuador impulsó ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la propuesta de iniciar negociaciones para concretar un instrumento internacional vinculante sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales. Ambos países, acumulaban experiencias negativas en el sistema de arbitraje inversor - Estado, y habían emprendido acciones para revisar sus compromisos en esta materia¹⁶. Ecuador, además, había constatado de primera mano con el denominado caso “Aguinda contra Chevron”, la ineficacia de los procedimientos judiciales internos para hacer efectiva la responsabilidad de las empresas transnacionales.

El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDHNU) adoptó la Resolución 26/9, que entre otras disposiciones creó un grupo de trabajo

intergubernamental (GTI) de composición abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, encargado de la “(e)laboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”¹⁷.

14 “De acuerdo con datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en el periodo 1987-1999 sólo se conocían 38 casos globalmente; para finales del 2014, se habían presentado un total de 608 demandas inversor-Estado”. CAITISA (2017). Informe Ejecutivo: Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador. Disponible en: https://www.tni.org/files/auditoria_integral_ciudadana_2015.pdf

15 Bas Vilizzio, M. (2020). p. 236.

16 Sudáfrica decidió denunciar 10 TBIs en el periodo que va desde el 2010 al 2017, y en el año 2015 promulgó una Ley de inversiones que excluye la solución de controversias inversor-Estado. Bas Vilizzio, María (2020). *Ibíd.* p. 85 - 88.

17 Consejo de Derechos Humanos (2014). Resolución 26/9: Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos <https://www.ccoo.es/8f72c6f049f78e3171882d193b0b31b3000001.pdf>

Resolución 26/9		
Votaciones en el Consejo de Derechos Humanos		
VOTOS A FAVOR	VOTOS EN CONTRA	ABSTENCIONES
- Argelia	- Alemania	- Arabia Saudita
- Benin	- Austria	- Argentina
- Burkina Faso	- Estados Unidos de América	- Botswana
- China	- Estonia	- Brasil
- Congo	- Macedonia	- Chile
- Côte d'Ivoire	- Francia	- Costa Rica
- Cuba	- Irlanda	- Emiratos Árabes Unidos
- Etiopía	- Italia	- Gabón
- Federación de Rusia	- Japón	- Kuwait
- Filipinas	- Montenegro	- Maldivas
- India	- Reino Unido	- México
- Indonesia	- República Checa	- Perú
- Kazajstán	- República de Corea	- Sierra Leona
- Kenya	- Rumania	
- Marruecos		
- Namibia		
- Pakistán		
- Sudáfrica		
- Venezuela (República Bolivariana de)		
- Viet Nam		

Elaboración: Propia

Fuente: Resolución 26/9: Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, disponible en: www.ccoo.es/8f72c6f049f78e3171882d193b0b31b3000001.pdf

De acuerdo con la Resolución 26/9, el GTI debía destinar sus dos primeros períodos de sesiones a deliberar sobre el contenido del futuro instrumento internacional, y a preparar un proyecto que sirva de base para futuras negociaciones que debían tener lugar a partir de la tercera sesión. La presidencia del grupo, fue encargada al gobierno de Ecuador quién había impulsado el proyecto de resolución ante el CDHNU.

En la cuarta sesión celebrada en octubre de 2018, el presidente del GTI elaboró un borrador de instrumento, abierto a los aportes de los países miembros, y a la sesión siguiente, un año después, presentó un “proyecto revisado”¹⁸.

Luego de varias sesiones de trabajo, se publicó en agosto de 2021 un tercer borrador, que fue debatido en la séptima y octava sesiones del GTI en octubre de 2021 y 2022¹⁹.

18 Open-ended intergovernmental working group (2019). Chairmanship revised draft 16.7.2019 legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_Revised-Draft_LBI.pdf

19 Open-ended intergovernmental working group (2021). Third Revised Draft, Third revised draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business

Durante la séptima sesión, celebrada desde el 25 hasta el 29 de octubre de 2021, el texto del tercer borrador recibió aportes y propuestas concretas de texto de parte de algunos Estados, aunque otros países expresaron su oposición a participar en las negociaciones, y otros propusieron reorientar las negociaciones a partir de los principios rectores, y no sobre la base de un instrumento vinculante²⁰.

En particular, se registraron desacuerdos entre los Estados en aspectos como el ámbito de aplicación del instrumento vinculante: para algunos el instrumento sólo debe aplicarse a la operación de empresas transnacionales, mientras que otros deseaban incluir también a empresas nacionales. También hubo desacuerdos sobre el tipo de responsabilidad que puede ser aplicada a las empresas (administrativa, civil o penal) y respecto a la posibilidad de reconocer jurisdicción extraterritorial a los tribunales nacionales para juzgar violaciones de derechos humanos²¹.

Al cierre de la séptima sesión, el Presidente del GTI anunció que llamaría a consultas a un grupo de países, denominados como "Amigos de la Presidencia" para generar un nuevo documento de negociación. Se anunció la participación de Azerbaiyán, Francia, Indonesia, Portugal y el Uruguay

bajo el objetivo de lograr una representación

regional balanceada²².

La octava sesión se realizó en el mes de octubre de 2022 en Ginebra. La presidencia del GTI presentó para la discusión la misma versión del año anterior (Tercer Borrador), con algunas propuestas nuevas de texto presentadas por ciertos Estados y la propia presidencia²³. El Presidente justificó el retraso en el proceso por la falta de un representante africano en los "Amigos de la Presidencia", lo que impidió contar con un nuevo texto de consenso²⁴.

Algunas organizaciones de la sociedad civil, expresaron su preocupación de que el GTI se haya alejado del mandato establecido en la Resolución 26/9, y que la iniciativa de los "Amigos de la Presidencia" no contribuya a transparentar el proceso. Además, se insistió en que el Tercer Borrador debe ser la única base para las negociaciones, no las propuestas del Presidente. También varios Estados expresaron su preocupación de que las sugerencias del Presidente se hayan distribuido solo un mes antes de la sesión²⁵.

Al final de la octava sesión, se encargó al Presidente del GTI que actualice la versión borrador del proyecto de instrumento vinculante, teniendo en cuenta las propuestas y las observaciones presentadas por los Estados²⁶.

enterprises, 17.08.2021. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/LBI3rdDRAFT.pdf>

20 Zhang, Joe (2021). Avance en la negociación de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, pero preparémonos para un camino complicado. Disponible en <https://www.iisd.org/itn/es/2021/12/20/breakthrough-in-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiation-but-be-prepared-for-a-bumpy-road-ahead/>

21 Cantú Rivera, Humberto (2013). ¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVI, 2016, pp. 425-460

22 Cassel, Doug (2022), Friends of the Chair: New Impetus for the UN Business & Human Treaty Process?, disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/blog/friends-of-the-chair-new-impetus-for-the-un-business-human-treaty-process/>

23 Open-ended intergovernmental working group (2022). Suggested Chair proposals for select articles of the LBI. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session8/2022-10-27/a-hrc-wg16-8-crp1.pdf>

24 Durante la octava sesión, se anunció que Camerún se unirá a la iniciativa.

25 Elodie Aba (2022), Reflections on a week of negotiations on a legally binding instrument on business & human rights, disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/blog/reflections-on-a-week-of-negotiations-on-a-legally-binding-instrument-on-business-human-rights/>

26 Consejo de Derechos Humanos (2023). Informe sobre el octavo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los dere-



Elaboración: CivicusLens disponible en <https://lens.civicus.org/tan-difcil-como-necesario-el-proceso-hacia-un-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>

Fuente: Busines&Human Rights Resource Centre

EL TERCER BORRADOR

Como se dijo, el Tercer Borrador fue el documento base sobre el que se discutió durante la séptima y octava sesión del GTI. Su texto, no se desvía significativamente de la estructura, conceptos y principios principales del Segundo Borrador. Muchas de las modificaciones realizadas son mejoras en la redacción o precisiones de la terminología utilizada²⁷. Entre sus principales disposiciones se encuentran:

1. En el preámbulo se hace referencia a la “obligación” de las empresas a respetar los derechos humanos, en lugar del término “responsabilidad”

que es utilizado en los Principios Rectores y en el Segundo Borrador. Este cambio parece sugerir que se busca establecer que las empresas tienen obligaciones directas en materia de derechos humanos. Su mención en el preámbulo implica que debería ser utilizada para interpretar el alcance de las disposiciones del instrumento vinculante²⁸.

2. En la definición de “actividades empresariales”²⁹, se eliminó el calificativo “con fines de lucro”, con lo cual se amplía el ámbito del tratado hacía actividades que sin ser lucrativas,

chos humanos, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/616/31/PDF/G2261631.pdf?OpenElement>

27 Open-ended intergovernmental working group (2021). Comparación entre el tercer y segundo borrador revisado de un instrumento legalmente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales. Documento no oficial creado por la Secretaría. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/igwg-comparing-third-and-second-revised-drafts.pdf>

28 Open-ended intergovernmental working group (2021).

29 Open-ended intergovernmental working group (2021), artículo 1.3.

podrían impactar negativamente en los derechos humanos de la población.

3. El término “relación empresarial” se amplió abarcando relaciones entre empresas, o personas jurídicas y naturales, que no se basen en un contrato sino en una relación fáctica³⁰.
4. Los Estados tienen la obligación de regular eficazmente las actividades empresariales y exigir mecanismos de debida diligencia. Las empresas tienen la obligación de tomar medidas para prevenir, evitar y mitigar riesgos reales o potenciales. El Tercer Borrador no especifica la manera cómo los Estados deben implementar estas obligaciones en sus sistemas jurídicos internos. Es decir, se desarrollan obligaciones de resultado, pero no se especifica el deber de emitir instrumentos regulatorios específicos³¹.
5. La responsabilidad de las personas jurídicas frente a violaciones de derechos humanos, es independiente de la responsabilidad de las personas naturales. De forma correlativa, la responsabilidad penal de las personas naturales no depende, o no se verá afectada por la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.
6. Para determinar la responsabilidad civil de las empresas, no es necesario establecer primero la figura de la responsabilidad penal. El Tercer Borrador no requiere que los Estados establezcan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque de no hacerlo, cada Estado debe asegurarse que su régimen legal contemple una responsabilidad “funcionalmente equivalente” a la responsabilidad penal.
7. Las empresas son responsables de los daños ocasionados por terceros con los cuales mantienen una relación empresarial de control, gestión o supervisión. Tanto si se trata de riesgos que fueron o pudieron ser previstos (frente a los cuales el tercero relacionado no tomó las medidas necesarias para prevenir que se produjera el daño) como respecto de los riesgos que pudiendo ser previstos no pudieron ser evitados.
8. Si bien la adopción de procesos de debida diligencia por parte de la empresa no constituye un eximente automático de responsabilidad, el Tercer Borrador sí obliga a que los jueces locales consideren la aplicación de estos estándares por parte de la empresa, al establecer su responsabilidad.
9. Respecto de los aspectos procedimentales, el Tercer Borrador incluye el derecho de las víctimas a presentar las acciones ante los jueces de su propio domicilio. Alternativamente, también pueden demandar a la empresa matriz en su propio domicilio, y a sus subsidiarias dentro de un mismo proceso siempre que demuestren que matriz y subsidiarias se encuentran conectadas³².
10. Se incluye como beneficio procesal para las víctimas la doctrina del “forum necessitatis”, que habilita a un juez para conocer un caso en contra de una empresa no domiciliada en su jurisdicción, si no existieren garantías

30 Open-ended intergovernmental working group (2021), artículo 1.5

31 Open-ended intergovernmental working group (2021), artículo 6.3

32 Open-ended intergovernmental working group (2021), artículo 9.4

de imparcialidad para el proceso en el domicilio de la empresa, siempre que la empresa demandada poseyera activos, ejerciera una actividad comercial sustancial o al menos tuviera presencia en la jurisdicción del juez que pretenda conocer el caso³³.

11. Los Estados tienen la obligación de evitar que los costos legales de llevar adelante un proceso judicial en contra de una empresa, representen una barrera de acceso injustificada e irrazonable para las víctimas³⁴.
12. Los Estados deben prever en sus legislaciones nacionales, la posibilidad de invertir la carga de la prueba en los casos de vulneración a los derechos humanos por parte de empresas³⁵.
13. Los Estados deben garantizar que sus acuerdos comerciales y tratados de protección de inversiones, vigentes y futuros, deban ser implementados e interpretados de una manera que no menoscaben sus obligaciones contraídas al amparo del instrumento vinculante.

Este contenido, si bien ha sido recibido como un marco de negociación aceptable, también ha sido objeto de críticas, especialmente por varios actores de la sociedad civil. Así, un conjunto de organizaciones sociales del Ecuador³⁶, ha observado que los resultados de la octava sesión confirman que “quedan muchos

desafíos por delante y que los Estados deben continuar la negociación basada únicamente en el tercer borrador revisado y actualizado”³⁷. Además, formularon las siguientes observaciones al contenido del Tercer Borrador:

1. Se debe introducir el concepto de “cadena de valor”, y clarificar la responsabilidad consecuente de la empresa matriz frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por sus subsidiarias, filiales o terceras empresas con las que mantengan relaciones comerciales;
2. La atribución de jurisdicción a los jueces nacionales es insuficiente, por lo que se requiere contemplar la creación de un tribunal internacional sobre empresas y derechos humanos;
3. Se debe disponer claramente el principio de primacía de los derechos humanos sobre acuerdos comerciales y económicos;
4. Se deben generar mecanismos que impidan la captura corporativa de las instancias intergubernamentales que se establecieran en el futuro para vigilar el cumplimiento del instrumento. Aunque, también se exige que se establezcan mecanismos para evitar este fenómeno de captura corporativa durante el proceso de negociación del instrumento vinculante³⁸.

33 Open-ended intergovernmental working group (2021), artículo 9.5

34 Open-ended intergovernmental working group (2021), artículo 7.4

35 Open-ended intergovernmental working group (2021), artículo 7.5

36 Desde el año 2020, se constituyó una amplia coalición de organizaciones sociales del Ecuador con la finalidad de impulsar la negociación del Tratado Vinculante, y vigilar el proceso seguido por las autoridades ecuatorianas a nivel internacional. Actualmente se compone de al menos 17 organizaciones, entre las que se incluyen de organizaciones de derechos humanos, sindicatos agrícolas, institutos de investigación, y organizaciones de base.

37 Comunicado de las organizaciones sociales y de derechos humanos en el Ecuador sobre la octava sesión de negociaciones por un tratado jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos, 01 de noviembre de 2022, disponible en: <https://fianecuador.org.ec/borrador-automatado-9/>

38 Ibíd.

II. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA REFORZAR EL VÍNCULO ENTRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

II. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA REFORZAR EL VÍNCULO ENTRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Como hemos visto, los derechos reconocidos por el derecho internacional de inversiones a los inversionistas extranjeros, y la falta de recursos efectivos que padecen las víctimas de vulneraciones a derechos humanos por parte de empresas transnacionales para obtener reparaciones justas y oportunas, han configurado lo que se ha denominado como una “arquitectura de la impunidad corporativa”³⁹.

En este contexto, un instrumento jurídico vinculante sobre empresas y derechos humanos se vuelve necesario con la finalidad de equilibrar la situación entre las víctimas y las empresas transnacionales. Sin embargo, el logro de este objetivo dependerá de que un buen número de Estados ratifique el instrumento, incluyendo principalmente los Estados de domicilio de las empresas transnacionales.

La previsible larga duración del proceso de negociación del instrumento, torna necesario que los Estados adopten medidas para prevenir y sancionar la vulneración de derechos humanos provocada por actividades empresariales, hasta que el tratado vinculante sea aprobado y ratificado por un número relevante de países.

De hecho, en los últimos años varios Estados han optado por aprobar medidas que sin imponer necesariamente obligaciones vinculantes de derechos humanos a las empresas, han buscado establecer

mecanismos de accountability empresarial en esta materia.

En un periodo relativamente corto de tiempo, por ejemplo, se han promulgado normas como la Ley de esclavitud moderna del Reino Unido de 2015; la Ley del deber de vigilancia francesa de 2017; la Ley holandesa sobre trabajo infantil y debida diligencia de 2019, y la reciente propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad⁴⁰.

En este sentido, de manera complementaria a los esfuerzos por materializar el instrumento vinculante, los Estados podrían adoptar medidas en su orden jurídico interno que retomen algunos de los estándares actualmente bajo análisis en el debate sobre obligaciones vinculantes de las empresas respecto de los derechos humanos.

Aspectos como la debida diligencia; la responsabilidad a lo largo de la cadena de valor; la subordinación de las normas de inversión y comerciales a la primacía de los derechos humanos, la inversión de la carga probatoria y el reconocimiento expreso de obligaciones vinculantes para las empresas, podrían ser desarrollados en la legislación nacional, como un medio más para modelar el comportamiento empresarial de acuerdo con las exigencias de respeto y protección a los derechos humanos.

En la siguiente sección, abordaremos algunas

39 Suarez, et al (2022). Alto a la impunidad corporativa en Ecuador. Corporación FIAN del Ecuador. Disponible en <https://ocar.u.org.ec/2022/03/17/alto-a-la-impunidad-corporativa-en-ecuador/>

40 Sin embargo, el enfoque de esta legislación despierta dudas “respecto de la capacidad de estos instrumentos para conseguir una efectiva modificación de las conductas empresariales y evitar las violaciones de los Derechos Humanos producidas por sus actividades a lo largo del conjunto de sus cadenas o, en su caso, repararlas adecuadamente incluyendo la sanción a las personas empresas responsables”. Ver, Guamán, Adoración (2022). Diligencia debida en Derechos Humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales. Trabajo y derecho 87/ 2022(marzo), No. 87, editorial Wolters Kluwer. Disponible en https://www.uv.es/seminaridret/Sessions2023/AGuaman_Analisis_normas_estatales_2022.pdf

medidas que pueden ser tomadas a nivel nacional para lograr este fin, tomando como referencia el caso ecuatoriano.

1. REVISIÓN DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN VIGENTES, E INCORPORACIÓN DE OBLIGACIONES VINCULANTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS PARA LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

El contenido estándar de los acuerdos internacionales de inversión reconoce múltiples derechos para el inversionista pero no obligaciones en materia de derechos humanos. Los tribunales arbitrales han sido renuentes a reconocer que los inversionistas estén vinculados por obligaciones en materia de derechos humanos⁴¹. Múltiples demandas arbitrales se han dirigido contra medidas tomadas por los Estados, sin considerar si esas medidas han tenido como objeto proteger los derechos de la población⁴².

Este entorno, ha motivado conductas irresponsables de parte de las empresas transnacionales⁴³, y ha provocado en algunas ocasiones que los Estados se inhiban de implementar medidas que, a pesar de ser consistentes con su obligación de proteger los derechos humanos, pudieran ser objeto de litigio internacional

en materia de inversiones⁴⁴.

Este escenario ha servido de base para una amplia corriente internacional de revisión de los actuales compromisos internacionales en materia de inversión, impulsada incluso por agencias internacionales como la UNCTAD⁴⁵.

Entre los objetivos de esta reevaluación del sistema inversionista - Estado, está el de balancear los recursos y derechos del inversionista, con el reconocimiento de obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos. Lo que incluye, por ejemplo, revertir el desequilibrio institucional creado a favor de los inversionistas extranjeros que gozan de capacidad procesal directa para demandar a los Estados ante foros internacionales de arbitraje, mientras que los Estados, o las personas o comunidades afectadas por las operaciones empresariales, deben acudir a los recursos judiciales internos.

Entre las estrategias para incluir obligaciones vinculantes para las empresas en los acuerdos de inversión, se ha sugerido:

a) Estipular de forma explícita que los inversionistas tienen obligaciones vinculantes y positivas en materia de derechos humanos, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos y la propia legislación nacional⁴⁶;

41 Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso Urbaser vs Argentina, concluyó que el derecho internacional no contiene obligaciones de hacer a cargo de las empresas inversoras, que a lo sumo podrían tener obligaciones de no hacer. El único titular de obligaciones de hacer es el Estado, y la única manera para que una Empresa asuma tales obligaciones debía ser mediante la estipulación en el contrato. URBASER S.A. Y CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAIJA UR PARTZUERGOA (Demandantes) y LA REPÚBLICA ARGENTINA (Demandada). Caso CIADI N.º ARB/07/26. párrafo 1210 Disponible en https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C255/DC9852_Sp.pdf

42 En el caso Philip Morris contra Uruguay, la empresa demandó ante un foro arbitral la incompatibilidad entre las medidas adoptadas por el Estado uruguayo para proteger la salud pública en relación con el consumo de Tabaco, y las disposiciones del TBI Uruguay - Suiza de prohibición de expropiación indirecta, entre otras. Ver, Bas Vilizzio, M. (2020). Páginas 148 - 157.

43 Naciones Unidas (2021). Acuerdos internacionales de inversión compatibles con los derechos humanos. Nota del Secretario General. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/208/12/PDF/N2120812.pdf?OpenElement>

44 Echaide, Javier (2021).

45 UNCTAD (2023), IIA Issues note: review of 2021 investor–state arbitration decisions: insights for IIA reform. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d3_en.pdf

46 Instituto Danés de Derechos Humanos (2020), Un enfoque basado en los derechos humanos para los medios de implementación de los objetivos de desarrollo sostenible. Disponible en https://www.humanrights.dk/files/media/document/Rapport_MIO_Spanish.pdf

b) Hacer menciones explícitas en el texto de los TBI a tratados internacionales de derechos humanos, como normativa aplicable a la relación entre las partes⁴⁷;

c) Estipular “disposiciones de conformidad” con el derecho interno de los Estados, a fin que sólo califique como inversión protegida por el respectivo TBI aquella que cumpla con la legislación nacional, tanto en el momento de establecimiento de la inversión como a lo largo de la operación de la empresa del inversionista⁴⁸.

Sin embargo, si no es posible renegociar los TBIs vigentes, las opciones de los Estados pueden incluir la denuncia de estos instrumentos⁴⁹, y la apertura de procesos de negociación de acuerdos de nuevo tipo.

Ecuador, por ejemplo, constituye un caso de revisión profunda de los compromisos internacionales en materia de inversión. El país adoptó una diversidad de medidas que incluyeron: la denuncia del Convenio CIADI y la totalidad de sus TBIs; disponer la exclusividad de la jurisdicción nacional para la solución de disputas en materias como propiedad intelectual o servicios financieros; o la proscripción explícita de la jurisdicción arbitral del CIADI y de otros foros arbitrales asentados en jurisdicciones por fuera de la región, en controversias relacionadas con recursos naturales o infraestructura.

Ecuador y el CIADI

El Ecuador ratificó el Convenio CIADI el 19 de abril de 2001. *Seis años después, el 04 de diciembre de 2007 realizó una denuncia parcial del Convenio, por la que retiró su consentimiento para someter a la jurisdicción del Centro, las diferencias relacionadas con el aprovechamiento de recursos naturales*⁵⁰. *Luego, realizó una denuncia definitiva en julio de 2009, convirtiéndose en el segundo país en retirarse del CIADI después de Bolivia*⁵¹.

La denuncia del Convenio CIADI tuvo como efecto que no se registraron nuevos casos ante el Centro a partir de la notificación de denuncia de 2009, hasta el 2021 cuando el Ecuador ratificó nuevamente el Convenio.

47 SOEKOE, NICOLA (2022). Argumentos de derechos humanos para que se incorporen sólidas disposiciones “de conformidad con el derecho interno” en el derecho internacional de las inversiones de África. Disponible en <https://www.iisd.org/itn/es/2022/03/30/the-human-rights-case-for-robust-in-accordance-with-domestic-law-provisions-in-african-international-investment-law/>

48 Ibíd.

49 Ver, Naciones Unidas (2021). Página 26

50 Ver., Ecuador, Notificación al CIADI de 04 de diciembre de 2007. El Convenio CIADI fue ratificado mediante decreto ejecutivo No. 1417-B, publicado en el Registro Oficial No. 309 de 09 de abril de 2001.

51 Bolivia denunció el Convenio CIADI el 29 de abril de 2007, convirtiéndose en el primer país en denunciar dicho Convenio, luego se sumó el Ecuador y finalmente la República Bolivariana de Venezuela concretó su denuncia en enero de 2012; Ver, Karan Kalia (2017), Denunciation of ICSID: does it really mean no ICSID arbitration? Disponible en <http://pennjil.com/denunciation-of-icsid-does-it-really-mean-no-icsid-arbitration/>

Retorno al CIADI:

El 30 de junio de 2021, la Corte Constitucional, mediante el dictamen 5-21-TI/2, resolvió que la ratificación del Convenio CIADI no requiere aprobación legislativa ni dictamen previo de constitucionalidad. Según la Corte, el Convenio CIADI sólo es un convenio marco que requiere de convenios arbitrales específicos para que se establezca la jurisdicción de un tribunal arbitral ad - hoc.

En consecuencia, su sola ratificación no atribuye competencias a los órganos arbitrales del CIADI, por lo que no contraría el artículo 419 numeral 7 de la Constitución que obliga a que exista aprobación legislativa previa a la suscripción de un tratado internacional, si este tuviera como objeto, el atribuir competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

Sobre la base del dictamen de la Corte, el Presidente de la República volvió a ratificar el convenio CIADI mediante Decreto 122 de 16 de julio de 2021. De forma inmediata a la ratificación, el 25 de enero de 2022 el Ecuador ya registró una demanda arbitral ante el CIADI propuesta por la Corporación Nacional del Cobre de Chile amparada por el TBI Ecuador - Chile de 1993⁵².

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁵³.

La denuncia de los TBI, tiene el efecto de dejar por fuera de la cobertura de los amplios estándares de protección previstos en el tratado, a las inversiones realizadas con posterioridad a la denuncia⁵⁴. En cuyo caso, la inversión extranjera debe someterse a la legislación nacional que, como en el caso de Ecuador, sí prevé obligaciones en materia de derechos humanos para las empresas, y que también desarrolla los estándares de protección al inversionista como el de "trato no discriminatorio"⁵⁵.

De veintisiete TBI vigentes al año 2008, Ecuador denunció nueve de ellos con arreglo a las disposiciones de la Constitución de 1998 que radicó esa competencia de manera exclusiva en el presidente de la República. La denuncia de los diecisiete restantes, se realizó de acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución de Montecristi y la Ley

52 Corporación Nacional del Cobre de Chile, Exploraciones Mineras Andinas S.A. and Inversiones Copperfield SPA v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/22/3), disponible en <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/22/3>

53 Vid., CATISA (2017).

54 Aunque los TBI pueden contemplar cláusulas de supervivencia o remanencia que permiten extender la vigencia del tratado por un periodo adicional a su denuncia, por lo que se deberá esperar el transcurso de este plazo para que opere definitivamente la denuncia Vid., UNCTADt (2007). "Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking". Disponible en http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf

55 Código orgánico de la producción, comercio e inversiones (2010). Registro Oficial Suplemento 351 de 29-dic.-2010. Artículo 17. Disponible en <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2020-04/CODIGO%20ORGANICO%20DE%20LA%20PRODUCCION%2C%20COMERCIO%20E%20INVERSIONES%20COPCI.pdf>

Ecuador: un nuevo giro hacia la suscripción de TBI

En el año 2017 se dió un giro radical en la política del país respecto de los TBI. Se buscó revertir las medidas pasadas con la finalidad de incentivar el ingreso de inversión extranjera. Incluso, se iniciaron varias negociaciones para suscribir nuevos TBI en reemplazo de los TBI denunciados por el gobierno anterior:

A fines de 2018, se firmó un memorándum con China para iniciar negociaciones de un acuerdo comercial que incluya un capítulo de comercio e inversiones. En julio de 2019, el Ecuador ingresó como Estado asociado a la Alianza del Pacífico. En el año 2019, el Ecuador celebró un Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI) con Brasil que contó con el dictamen favorable de la Corte Constitucional⁵⁶, aunque a diferencia de los TBI sólo contempla un mecanismo de solución de disputa Estado - Estado; y, en el 2020 se firmó un preacuerdo con los Estados Unidos para iniciar la negociación de un Tratado de Libre Comercio.

Sin embargo, la acción más significativa la constituyó la solicitud de interpretación del artículo 422 ante la Corte Constitucional presentada en el año 2018 por la presidencia de la Asamblea Nacional. Se arguyó que la prohibición de ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional incorporada en este artículo, aplica exclusivamente a controversias de tipo contractual o comercial, mientras que las controversias relativas a inversión escapan del ámbito de la prohibición⁵⁷, lo que de

aprobarse habilitaría al Estado a suscribir TBI con cláusulas de arbitraje inversionista - Estado, en foros como el CIADI.

El 12 de enero de 2022, la Corte Constitucional emitió el dictamen 2-18-IC/22, con el que rechazó solicitud de interpretación de la Asamblea Nacional por aspectos formales, dejando pendiente la resolución de fondo⁵⁸.

Sin embargo, en julio de 2023 la Corte emitió un dictamen de constitucionalidad del "Acuerdo de Asociación Comercial Entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica", previo a su aprobación legislativa, en el que se discutió ampliamente sobre la interpretación del Art. 422 de la Constitución. En este caso, la Corte resolvió que los artículos 15.20 al 15.35 del Acuerdo que establecen un mecanismo de arbitraje inversionista - Estado son incompatibles con el artículo 422 de la Constitución⁵⁹.

Con esta resolución, la Corte continúa con la línea jurisprudencial de los anteriores dictámenes de la Corte que declararon la inconstitucionalidad de TBI, lo que cerraría la posibilidad de suscribir nuevos TBI que incorporen cláusulas de arbitraje inversionista - Estado, en foros fuera de América Latina.

56 Herrera-Quenguan, Juan Carlos (2020). Explicando el Cambio de Postura de Ecuador sobre la IED, los Tratados y el Arbitraje de Inversión. International Institute for Sustainable Development. Disponible en https://www.iisd.org/itn/es/2020/10/05/explaining-ecuadors-shifting-position-on-fdi-investment-treaties-and-arbitration-juan-carlos-herrera-quenguan/#_ftn20

57 Asamblea Nacional (2018). Acción de interpretación constitucional del Artículo 422 de la Constitución. Disponible en http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0356323a-a987-4f3b-b416-f91d-2c3ab10a/interpretacion_de_la_constitucion_0002-18-ic.pdf?quest=true

58 Corte Constitucional del Ecuador (2022). Dictamen No. 2-18-IC/22 emitido dentro del Caso No. 2-18-IC de 12 de enero de 2022. Disponible en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE-6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidjYTkzMGUyMy0xNGE2LTQ2N2ltYTEwMC1mZDEyODNiZjc4NTlucGRmJ30=

59 Corte Constitucional del Ecuador (2023), Dictamen 2-23-TI/23 emitido dentro del caso 2-23-TI, disponible en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic4M-mMwODkzOC0xMWFkLTQzZDctYmVmOS04MDM1YjFhNDVmZDEucGRmJ30=

El proceso de denuncia de los TBI suscritos por Ecuador

TBI	Ejecutivo inicia proceso de denuncia	Dictamen vinculante de C.C	Asamblea aprueba la denuncia	Confirmación del ejecutivo	Vigente sí/no	Confirmación del ejecutivo
- Egipto (terminó en 1995 por no renovación)					No	N/A
- República Dominicana	2008				No	5 años
- El Salvador	2008				Sí	10 años
- Cuba	2008				Sí	10 años
- Nicaragua	2008				Sí	10 años
- Guatemala	2008				No	10 años
- Honduras	2008			X	Sí	10 años
- Uruguay	2008			X	No	N/A
- Paraguay	2008			X	Sí	10 años
- Rumania	2008			X	Sí	10 años
- Finlandia	2010	X	X	X	Sí	10 años
- Alemania	2010	X	X		Sí	15 años
- Gran Bretaña	2010	X	X		Sí	20 años
- Francia	2010	X	X		Sí	15 años
- Suecia	2010	X	X		Sí	15 años
- Países Bajos	2010	X			Sí	15 años
- Venezuela	2010	X			Sí	10 años
- China	2010	X			Sí	10 años
- Chile	2010	X			Sí	10 años
- Suiza	2010	X			Sí	10 años
- Canadá	2010	X			Sí	15 años
- Argentina	2010	X			Sí	15 años
- Bolivia	2010	X			Sí	10 años
- Perú	2010	X			Sí	15 años
- España	2010	X			Sí	10 años
- Italia	2010	X			Sí	5 años
- Estados Unidos	2010	x			Sí	10 años

Elaboración: CAITISA (2017)

2. PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANO

Los planes de acción nacional buscan identificar déficits en la gestión de los

Estados respecto de las garantías a los derechos humanos, y proponer políticas públicas para remediarlos. Son considerados como una herramienta para materializar los principios rectores en el orden interno de los Estados⁶⁰, aunque se ha señalado que al poner

60 Los antecedentes de la elaboración de planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos, tienen

el acento en medidas no vinculantes podrían tener un impacto limitado, si no se combinan con medidas vinculantes establecidas en la legislación nacional⁶¹.

En el caso ecuatoriano, desde el año 2020 el Gobierno Nacional inició un proceso para elaborar un Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PAN)⁶².

De acuerdo con la Cancillería ecuatoriana uno de los documentos que sirven de insumo para este proceso es el informe “Estudios de la OCDE sobre Políticas Públicas de Conducta Empresarial Responsable: Ecuador”⁶³. Este informe propone un conjunto de políticas y reformas normativas para promover la adopción del enfoque de la conducta social responsable y la debida diligencia basada en riesgos por parte de las empresas públicas nacionales, y las empresas privadas, nacionales o extranjeras.

La conducta empresarial responsable, es un principio que retoma el espíritu de los “principios rectores” y establece como responsabilidad de las empresas el que “eviten y aborden los impactos negativos sobre las personas, el planeta y la sociedad que se deriven de sus actividades, o que prevengan y mitiguen los impactos negativos directamente relacionados con sus operaciones, productos o servicios a través de sus cadenas de suministro o de

sus relaciones comerciales”⁶⁴. La “debida diligencia”, consistiría en el proceso de prevención y gestión del daño o impactos negativos que puede ocasionar la operación empresarial.

Durante el año 2023 se organizó la tercera reunión de la mesa encargada de su elaboración, aunque hasta ahora no se dispone de un documento borrador, se espera que durante este año se presente una propuesta⁶⁵.

3. VINCULAR LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE) Y LAS NORMAS SOBRE DEBIDA DILIGENCIA.

Los principios rectores parten del reconocimiento de la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, incluso en contra de vulneraciones provenientes de empresas, y de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Para cumplir esa responsabilidad, las empresas deben contar con procesos de “debida diligencia” en derechos humanos, que hace alusión a un proceso que busca “identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”⁶⁶.

Los programas de cumplimiento normativo buscan en cambio, prevenir que “las

un hito importante en el informe de 2012 del Grupo de Trabajo de Naciones sobre Empresas y Derechos Humanos, que exhortó a los Estados a la elaboración de “...planes nacionales de acción” como un mecanismo para aplicar los “principios rectores” en el derecho interno de cada país. Ver, Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2012). Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos, y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/20/29 (10 de abril de 2012), párrafo 68.

61 Ver, Cantú Rivera, Humberto (2017). Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno. Anu. Mex. Der. Inter vol.17 Ciudad de México ene./dic. 2017. Disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542017000100113&script=sci_arttext

62 Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (2023), Ecuador avanza en la elaboración de Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos, <https://www.cancilleria.gob.ec/2023/07/18/ecuador-avanza-en-la-elaboracion-de-plan-de-accion-nacional-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>

63 OCDE (2022), Estudios de la OCDE sobre Políticas Públicas de Conducta Empresarial Responsable: Ecuador, <https://mneguidelines.oecd.org/estudios-de-la-ocde-sobre-politicas-publicas-de-conducta-empresarial-responsable-ecuador.pdf>

64 OCDE (2022), p 19.

65 Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (2023), “Ecuador avanza en la elaboración de Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos”. Disponible en <https://www.cancilleria.gob.ec/2023/07/18/ecuador-avanza-en-la-elaboracion-de-plan-de-accion-nacional-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>

66 Consejo de Derechos Humanos (2008).

empresas infrinjan los marcos normativos y de prácticas aplicables, a través de procesos de detección, investigación y reparación, con el objetivo de salvaguardar su integridad, y de protegerlas frente a riesgos jurídicos, financieros o de reputación⁶⁷.

Ambos enfoques coinciden con su énfasis en la prevención y mitigación de riesgos, aunque desde diferentes perspectivas. En el compliance, el objetivo es prevenir riesgos para la empresa, y no el resguardar la perspectiva de las poblaciones potencialmente vulneradas en sus derechos humanos. Sin embargo, un adecuado reenfoque del compliance puede convertirlo en una herramienta que internalice en la gestión de la empresa y sus procesos productivos, prácticas de cumplimiento de los derechos humanos⁶⁸.

En el Ecuador, el compliance se ha desarrollado vinculado a las normas de prevención de la corrupción corporativa y el lavado de activos. Pero, no existe una obligación explícita para las empresas de contar con mecanismos o procesos de compliance o debida diligencia en materia de derechos humanos⁶⁹.

Sin embargo, la reciente incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la existencia de programas de cumplimiento como atenuantes de la

responsabilidad penal, abre un importante espacio para desarrollar el vínculo entre el compliance y la debida diligencia en derechos humanos.

El Código Orgánico Integral Penal, promulgado en 2014, estableció la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷⁰ por delitos cometidos por acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control; o, por quienes actúen bajo sus órdenes o instrucciones, para el beneficio propio de la persona jurídica o de sus asociados⁷¹.

La formulación del artículo 49 del COIP permite atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por actos de terceros subordinados, siempre que se verifique el beneficio de la persona jurídica o sus asociados.

Las sanciones aplicables van desde la multa hasta la extinción de la persona jurídica en caso del cometimiento de graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario⁷². También, se incluyen sanciones que implican el deber de reparar el daño como en los casos de delitos ambientales⁷³.

En 2021, la “Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción” introdujo los denominados

67 Cantú Rivera, H y Esparza, Laura (2021). Debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance. OXFAM-UDEM-Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. Disponible en https://media.business-humanrights.org/media/documents/Debida_diligencia_en_derechos_humanos_y_procesos_de_compliance_FINAL.pdf

68 Cantú Rivera, H y Esparza, Laura (2021), p. 33.

69 Cantú Rivera, Humberto (2022). Experiencias Latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. pagina 264. Disponible en <https://www.kas.de/documents/271408/16552318/Experiencias+Latinoamericanas+sobre+reparaci%C3%B3n+en+materia+de+empresas+y+derechos+humanos++Humberto+Cant%C3%BA.pdf/70f15d4d-730a-8274-9f13-a4350f2370c4?t=1645812527356>

70 Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, , art 49.

71 Se debe observar que sólo se puede atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho privado. Las personas jurídicas de derecho público se encuentran excluidas de este régimen. Esta exclusión tiene fundamento constitucional en la medida en que las personalidad jurídica pública se destina a “satisfacer las necesidades del interés general, a través del ejercicio de la administración pública”, por lo que sólo las personas jurídicas de derecho privado podrían “ser constituidas o utilizadas con el objeto de perpetrar una infracción”. Ver, Corte Constitucional (2018). Sentencia No. 001-18-SIN-CC de 27 de febrero de 2018, emitida dentro del caso No. 0011-14-IN http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJywgdxVpZDonZjliYjlkMGUtMTcxNC00ZGFILWExN2MtMTk0NDM0Y2Y1NGUzLnBkZid9

72 Código Orgánico Integral Penal (2014), Artículo 90.

73 Código Orgánico Integral Penal (2014), Artículos 258 y 267.

“programas de cumplimiento” o “compliance” como un factor para atenuar la responsabilidad penal de la empresa⁷⁴. De esta manera, se aproxima la lógica del compliance a la de debida diligencia dado que se incentiva a las empresas a adoptar programas de cumplimiento para prevenir posibles vulneraciones a derechos humanos⁷⁵.

4. INCORPORAR NORMAS SOBRE DEBIDA DILIGENCIA Y OBLIGACIONES VINCULANTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS PARA LAS EMPRESAS, EN LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN Y LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el año 2022, el monto de compras públicas realizadas por el Estado ecuatoriano ascendió al 22,7% del Presupuesto General del Estado, lo que representó un 6,6% del PIB⁷⁶. El número de proveedores registrados en el Registro Único de Proveedores fue de 17.456 entre personas jurídicas y naturales⁷⁷.

Las empresas proveedoras deben cumplir los requisitos de acceso previstos en la legislación y las bases de contratación. El Estado ecuatoriano tiene el poder de establecer criterios de preferencia y reserva

74 Se considera como atenuante el “(h)aber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/ o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/ o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.” Ley orgánica reformativa del Código orgánico integral penal en materia anticorrupción. (2021). Registro Oficial - Segundo Suplemento N° 392. Artículo 1.

75 Cantú Rivera, Humberto (2022), p. 285.

76 SERCOP (2022). “Informe de rendición de cuentas de la contratación pública 2022”, p. 9. Disponible en https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2023/05/Informe_Preliminar_RDC_2022.pdf

77 SERCOP (2022, 14).

78 SERCOP (2022a). Estrategia nacional de compras públicas sostenibles del Ecuador, disponible en <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2022/12/Estrategia-Nacional-de-CPS.pdf>

79 Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (s/f), Integración de los derechos humanos en la contratación pública en América Latina y el Caribe, CERALC-United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, s/f, disponible en <https://empresasyderechoshumanos.org/wp-content/uploads/2023/01/1.-CONTRATACION-PUBLICA-INTERIOR-VF.pdf>

80 Ibíd.

81 Consejo de Derechos Humanos (2008).

82 Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (s/f).

de mercado que privilegien la participación de ciertos proveedores por razones del origen nacional de su oferta, o del carácter asociativo de las empresas⁷⁸.

Sin embargo, el poder regulador del Estado no ha sido aprovechado para promover la garantía de derechos humanos en la compra pública, y a lo largo de la cadena de proveedores del Estado.

De acuerdo con el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, los Estados deben precaver que los bienes y servicios adquiridos por las entidades públicas, no estén vinculados a prácticas que tengan consecuencias negativas a los derechos humanos⁷⁹; y, que el poder regulador del Estado en esta materia constituye una importante oportunidad para introducir la obligación, a cargo de las empresas proveedoras, de realizar prácticas de debida diligencia en derechos humanos⁸⁰.

Estas medidas son una manera de materializar los principios rectores. En particular, el principio 6 que exige que “(l)os Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales”⁸¹.

Al respecto, se podrían incorporar las siguientes recomendaciones⁸², entre otras:

1. Se debe establecer responsabilidades directas para las entidades públicas de incluir requisitos y criterios de derechos humanos en la contratación pública;
2. Los Estados deben exigir que las empresas proveedoras realicen procesos de debida diligencia en derechos humanos. Esta obligación no sólo debe preverse para los proveedores de primer nivel, sino para toda la cadena de compra;
3. La obligación de debida diligencia, no sólo debe constar como criterio de admisibilidad al sistema de compra, o como criterio de adjudicación, sino que debe prevalecer como requisito de desempeño a través de toda la ejecución contractual respectiva;
4. Se deben establecer sanciones a las empresas proveedoras que cometan vulneraciones a los derechos humanos;
5. Se deben prever mecanismos de reparación a los derechos humanos vinculado a la compra pública, estableciendo instancias de reclamación ante el Estado sobre la conducta de los proveedores estatales.

En la legislación ecuatoriana no se contemplan regulaciones específicas sobre derechos humanos en la compra pública, o del deber de debida diligencia a cargo de las empresas proveedoras del Estado. Sin embargo, el artículo 288 de la Constitución prescribe que “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, **responsabilidad ambiental y social**” (el subrayado es nuestro)⁸³.

En 2021, se introdujo el criterio de “compras públicas sostenibles”⁸⁴, que habilita a las

entidades contratantes a establecer puntajes adicionales en la adjudicación de compra pública, a partir de criterios de sostenibilidad social, que se definen como aquellos que buscan “reducir las desigualdades sociales, incluir acciones afirmativas, así como promover la transparencia y el respeto a los derechos humanos”⁸⁵.

En ese sentido, se habilita al Servicio Nacional de Compras Públicas a incorporar a través de regulación secundaria, los estándares establecidos por los principios rectores en materia de debida diligencia y responsabilidad empresarial respecto de los derechos humanos.

Contratos de inversión

Los Contratos de Inversión son acuerdos suscritos entre un inversionista privado y el Estado ecuatoriano establecidos por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que otorgan beneficios como estabilidad sobre incentivos tributarios, acceso a arbitraje internacional, y congelamiento regulatorio de la normativa sectorial específica relativa a la inversión⁸⁶.

De forma particular, las cláusulas de estabilización jurídica que imponen al Estado el deber de no modificar la legislación o regulación secundaria de forma que afecte negativamente al inversionista, pueden representar restricciones indebidas al espacio de política que deben gozar los Estados para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Al respecto los “Principios de contratación responsable” de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, recomiendan que “(s)i se utilizan cláusulas contractuales

83 SERCOP (2022a).

84 Ibíd.

85 Ibíd.

86 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010, p.). Art. 25.

de estabilización, estas deben redactarse cuidadosamente de manera que ninguna medida de protección de los inversores contra futuras modificaciones de la ley interfiera con lo que haga de buena fe el Estado para aplicar las leyes, los reglamentos y las políticas en forma no discriminatoria a fin de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos⁸⁷.

Además, los contratos de inversión pueden constituir herramientas para limitar la exposición de los Estados a los riesgos del arbitraje internacional inversionista - Estado. A partir de la denuncia del Convenio CIADI realizada por el Ecuador en 2009, el Estado incorporó cláusulas de limitación a la jurisdicción arbitral en contratos relacionados con recursos naturales, telecomunicaciones, infraestructura, y en el contrato tipo de inversión suscrito al amparo del Código Orgánico de la Producción⁸⁸.

Al respecto, se debatió sobre la capacidad del inversionista para renunciar a derechos establecidos en un TBI. En el caso del CIADI, los fallos no son homogéneos, aunque se puede identificar una tendencia a reconocer que el inversor extranjero adquiere derechos en el marco del Convenio y del tratado⁸⁹; y que dichos derechos se ejercen tomando como referencia el principio de autonomía de la voluntad.

En este marco, varios laudos CIADI han convenido que para que la renuncia de los derechos creados por el tratado tenga eficacia, esta debe ser “clara, explícita y

terminante, sin que sea lícito deducir de expresiones de dudoso significado⁹⁰. En consecuencia, se puede concluir que la renuncia de un foro arbitral, i.e. el CIADI, está autorizada en una serie de laudos concordantes del propio Centro, que incluso provee parámetros de evaluación para comprobar su idoneidad.

Sin embargo, actualmente la Ley para fomento productivo, atracción inversiones y generación empleo, ha previsto que en los contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado debe pactar arbitraje en derecho de manera obligatoria, pudiendo ser este resuelto a nivel nacional o internacional⁹¹.

87 “Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores” (A/HRC/17/31/Add.3).

88 El Ecuador, también restringió el acceso a la jurisdicción arbitral inversionista-Estado a nivel legal, institucionalizando la sujeción de controversias a la jurisdicción nacional. Vid., Ecuador, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016), publicado en el Registro Oficial No. 899, 09 de diciembre de 2016, Disposición General Décima Séptima. Ver también: Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero (2014), publicado en el Registro Oficial No. 132 de 12 de septiembre de 2014, Vid., Artículo 181, numeral 7, literal a).

89 Vid., *Occidental Exploration and Production Company, Vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión del 09 de septiembre de 2005

90 Vid., *Aguas del Tunari S.A Vs. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre jurisdicción del 21 de octubre de 2005.

91 Ley para fomento productivo, atracción inversiones generación empleo (2018). Registro Oficial Suplemento 309 de 21-ago.-2018. Artículo 37.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El impulso de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para las empresas transnacionales, busca compensar el desbalance de poder generado a favor de los inversionistas extranjeros por el desarrollo del derecho internacional de inversiones.

Especialmente, se busca lograr un balance a través del establecimiento de obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos para las empresas y la generación de mecanismos de reparación y justicia que resuelvan las actuales limitaciones que enfrentan los tribunales locales.

El proceso de negociación tuvo un impulso significativo de parte de países que han sido objeto de múltiples demandas arbitrales ante el sistema de arbitraje inversionista - Estado, y constituye una iniciativa dentro de un proceso más amplio de revisión integral de los compromisos contraídos por los Estados en materia de inversión internacional.

Sin embargo, la complejidad del proceso de negociación exige que se avancen a nivel nacional en esquemas de regulación de la responsabilidad empresarial que combinen medidas voluntarias, tales como la aprobación de planes de acción nacional, y vinculantes como el establecimiento de la responsabilidad penal de la personalidad jurídica por graves vulneraciones a derechos humanos.

En ese sentido, medidas como el establecimiento de obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos; la implementación de prácticas de debida diligencia; la limitación o reducción de la exposición de los Estados a los

riesgos del arbitraje inversionista - Estado; y el establecimiento de mecanismos de reparación y denuncia para las víctimas, pueden ser abordadas desde iniciativas de regulación local en el campo de las compras públicas; los contratos de inversión; la denuncia o renegociación de TBI; o el compliance penal.

El derecho internacional de la inversión extranjera ha fortalecido los derechos de los inversionistas extranjeros, mientras que todavía no existen normas internacionales que establezcan obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos para las empresas transnacionales. Esta asimetría normativa dificulta sancionar y prevenir vulneraciones a los derechos humanos por parte de estas empresas.

En el presente informe, se busca describir el proceso de negociación del instrumento vinculante para empresas transnacionales que se desarrolla actualmente en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Se propone adoptar un instrumento internacional jurídicamente vinculante que establezca obligaciones en derechos humanos para las empresas transnacionales y resuelva problemas de jurisdicción. Ecuador ha impulsado esta iniciativa en el marco de una revisión completa de sus compromisos internacionales en inversión. A nivel nacional, también se han tomado medidas para prevenir y reparar vulneraciones a los derechos humanos. Se concluye que se requiere un instrumento vinculante a nivel internacional, pero mientras tanto, los Estados pueden tomar medidas voluntarias y vinculantes en su ordenamiento interno para garantizar la protección de los derechos humanos frente a las empresas transnacionales.

ISBN: 978-9978-334-12-6



FIAN
ECUADOR

O.C.A.M.E
Asociación de Campesinos de Atacames