

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derechos Humanos y Exigibilidad Estratégica

Mención en Litigio Estructural

**El tratado internacional de derechos humanos y empresas
transnacionales**

Giancarlo Antonio D'Aniello Elizalde

Tutora: María Augusta León Moreta

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Giancarlo Antonio D’Aniello Elizalde autor de la tesis intitulada “La propuesta de tratado internacional de derechos humanos y empresas transnacionales”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derechos Humanos y Exigibilidad Estratégica Mención Litigio Estructural en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

15 de junio de 2020.

Firma: _____

Resumen

En el contexto de un mundo globalizado, las empresas transnacionales se han convertido en poderosos y controversiales actores de la economía y la sociedad en todas las latitudes. Su poder e influencia rebasa el de muchos Estados, sus ganancias y grandes presupuestos supera el de varias naciones, lo que significa indudablemente que tienen estrecha relación en el goce o menoscabo de los derechos humanos. Desde hace varias décadas, se discute en el seno de las Naciones Unidas esta cuestión, el objetivo ha sido responsabilizar directamente a las empresas por las violaciones cometidas contra los derechos humanos.

En esta línea, esta tesis explora la labor del Grupo de Trabajo Intergubernamental del Consejo de Derechos Humanos encargado de la redacción de una propuesta de tratado internacional de empresas y derechos humanos, cuya conformación fue iniciativa del Ecuador. Se exploran tanto los elementos de la propuesta de borrador y su revisión revisada, como la propia relación del Ecuador con las empresas transnacionales.

Pasando por una revisión histórica de la formación de lo que hoy se conoce por empresas transnacionales, y su incursión y desarrollo en el Ecuador, se aborda luego la cuestión de la propia responsabilidad de actores no estatales en el derecho internacional, el papel que juegan los Estados frente a las empresas transnacionales, el elemento de la soberanía en torno a las empresas transnacionales y a las obligaciones de los tratados de derechos humanos, los marcos jurídicos de responsabilidad tanto del derecho internacional como del propio país. Se efectúa un análisis más detallado de la relación de las empresas transnacionales con el país proponente, a luz de casos denunciados de violación de derechos humanos por parte de las empresas transnacionales en el Ecuador.

Finalmente se incluye la visión de los actores que gravitan a la discusión, empresarios y Estado quienes comparten sus opiniones sobre la relación entre empresas y derechos humanos y la propuesta de tratado internacional de empresas y derechos humanos. En este sentido se hace una evaluación del papel del Estado ecuatoriano y de la sociedad civil, y se delinear los principales elementos del instrumento jurídicamente vinculante.

Palabras clave: empresas transnacionales, derechos humanos, responsabilidad, violaciones de derechos humanos, tratado internacional de empresas y derechos humanos.

Dedico a esta tesis a las personas más importantes de mi vida, mi madre cuyo ejemplo ha sido fuente de constante inspiración, mi padre, mi hermana, mi sobrina y mis abuelos por todo lo que significan para mí. A mi compañera de vida Andrea por su apoyo y cariño de siempre.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero: Las Empresas transnacionales.....	17
1. ¿Qué son las empresas transnacionales?	17
1.1 Las Empresas transnacionales en el Ecuador	21
1.2. La minería y las empresas transnacionales	22
1.3. Petróleo y empresas transnacionales.....	25
2. Caracterización de las violaciones de derechos humanos atribuidas a las empresas transnacionales en el Ecuador y el mundo	32
3. El debate sobre la necesidad de responsabilizar a las empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos en el concierto internacional	46
Capítulo segundo: La responsabilidad de las empresas transnacionales.....	53
1. Marco jurídico internacional de actuación y responsabilidad de las empresas transnacionales.....	53
2. La tensión entre la soberanía estatal y las empresas transnacionales	60
3. La responsabilidad del Estado de proteger los derechos humanos de las vulneraciones perpetradas por terceros	66
4. La responsabilidad internacional de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos	68
5. La Corte Penal Internacional y el juzgamiento de personas particulares por delitos de lesa humanidad	76
6. Marco jurídico nacional de actuación de las empresas transnacionales en el Ecuador	77
6. 1. Constitución de la República.....	78
6.2. Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado.....	81
6.3. Código Orgánico del Ambiente.....	83
6.4 Ley de Hidrocarburos.....	84
6.5 Ley de Minería	86
6.6. Código del Trabajo.....	88
6.7. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones	89
7. Estudio de caso: Responsabilidad sobre violaciones de derechos humanos del Estado ecuatoriano y de la empresa transnacional ECSA en el proyecto Mirador-Cordillera del Cóndor	91
7.1 Ausencia de información y consulta	92
7.2 Sobre las expropiaciones y servidumbres	93

7.3. Conflictos sobre la tierra y la vivienda.....	94
7.4. Desalojos	94
7.5. Responsabilidades del Estado ecuatoriano y la empresa minera ECSA por las violaciones de los derechos humanos en el proyecto Mirador.....	96
7.5.1 El Estado	96
7.5.2 La empresa	97
Capítulo tercero: El instrumento internacional jurídicamente vinculante de empresas y derechos humanos	103
1. Antecedentes del tratado internacional de empresas y derechos humanos	103
2. Consideraciones previas a la discusión de la propuesta de tratado internacional de empresas y derechos humanos.....	108
3. La propuesta de tratado internacional de empresas transnacionales y otras empresas y derechos humanos preparada por el Grupo de Trabajo liderado por gobierno del Ecuador	118
4. La visión empresarial sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos	140
5. Planteamiento del autor sobre el debate del instrumento jurídicamente vinculante de empresas y derechos humanos	145
Conclusiones.....	153
Bibliografía.....	159
Anexo 1	167
Anexo 2	211
Anexo 3	216
Anexo 4	229

Introducción

Que las empresas estén involucradas en la violación de derechos humanos no es una noticia nueva, desde hace ya varias décadas se registran y documentan las afectaciones que las empresas han causado en grandes grupos humanos. Desde el derrame de petróleo de una empresa en determinada comunidad de la Amazonía, pasando por el acceso restringido a medicamentos esenciales o aumento en su precio, por alguna farmacéutica, o las pésimas condiciones laborales de una empresa textilera en cierta latitud del mundo, no queda duda que las empresas también violan los derechos humanos. Esto no es algo exclusivo de los Estados o de las personas naturales, las personas jurídicas privadas o públicas también tienen el potencial de conculcar los derechos humanos.

La práctica, dada la arquitectura del derecho internacional y en particular de los tratados de derechos humanos, es responsabilizar a los Estados, en los que recaen todas y cada una de las obligaciones para con los derechos humanos, siendo además responsables por las violaciones que terceras personas, en este caso las empresas, causen en sus ciudadanos o en su medio ambiente. Lamentablemente, dado el inmenso poderío económico y político que han acumulado las empresas, especialmente las empresas transnacionales, es virtualmente imposible para ciertos Estados sancionar u obligar a responder a éstas, por las violaciones que hubieren cometido en su territorio.

Pero, además, las empresas y particularmente las transnacionales, no solamente que son violadoras o potencialmente violadoras de los derechos humanos, sino que pueden y deben ser actores de gran relevancia, en el respeto, observancia y garantía de los derechos humanos. En vista de su decidida influencia en los distintos campos de la vida cotidiana, ciertamente su accionar puede causar también un impacto positivo en los derechos. Solo basta con pensar en la importancia de que una empresa cumpla con los derechos laborales para entender cómo éstas pueden ser garantes de los derechos humanos. Se trata no únicamente de no hacer, es decir, de abstenerse de violentar los derechos, sino de hacer, de apoyar a los Estados en su labor de garantizar y alcanzar el logro progresivo de los derechos humanos.

De allí que el debate a nivel mundial de importantes tratadistas, catedráticos, organizaciones de la sociedad civil, afectados, e inclusive Estados, sea cómo hacer

efectiva la responsabilidad de las empresas transnacionales o locales, para que estas dejen de violar los derechos humanos. Y, de hecho, este es un debate que no es nuevo, desde hace varias décadas se discute en el seno de la ONU proyectos, resoluciones, propuestas y demás documentos que tratan sobre la responsabilidad de las empresas, empero, no hay verdaderas soluciones hasta la fecha, dando como resultado cada vez más y más afectados por las actividades de las empresas. Actualmente la discusión se centra en la propuesta de tratado internacional de empresas y derechos humanos, cuya redacción se encuentra a cargo del Grupo Intergubernamental de Trabajo, que fue creado justamente por iniciativa del Ecuador. Es por esto que el objetivo general de este estudio es comprender de qué manera el proyecto de tratado internacional de derechos humanos y empresas transnacionales, es congruente con la práctica del Estado ecuatoriano en relación a sus obligaciones respecto de los derechos humanos, y éstas frente a las empresas transnacionales y particularmente las que ejecutan actividades extractivas.

Para cumplir con este objetivo la metodología que se utilizó fue el acopio y procesamiento de fuentes primarias y secundarias. Las primeras, mediante entrevistas a representantes de la empresa privada y del Estado, que reflejan de primera mano sus opiniones y posiciones respecto a empresas y derechos humanos y a la propuesta de tratado internacional. En cuanto a las fuentes secundarias, se circunscriben a la revisión de libros, artículos, normas, informes, blogs, entre otros, y que aportan a la discusión del tema analizado. Se han consultado más de 20 autores, cuya opinión ha sido fundamental para nutrir el marco conceptual de este trabajo académico. Así mismo se ha revisado el llamado borrador cero y borrador revisado del instrumento jurídicamente vinculante de empresas y derechos humanos, todo esto complementado con un estudio de caso soportado en distintas fuentes analíticas.

Los resultados de este estudio se condensan en tres capítulos. El primero tiene el objetivo de indagar en la relación de las empresas transnacionales y las violaciones que típicamente cometen, además de identificar los debates en torno a la responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos. Lo señalado viene complementado por el contexto histórico, político y económico en el que las empresas se insertan en Ecuador. Por aquello, este capítulo contiene un estudio sobre qué son las empresas transnacionales, se indaga en su origen y desarrollo en el mundo, se conceptualiza a las empresas transnacionales y en particular a las empresas transnacionales extractivas. Posteriormente se analiza su apareamiento, apogeo y

relación puntual con el Ecuador; se caracterizan las violaciones más comunes de las empresas contra los derechos humanos, y finalmente se estudia el debate en torno a la responsabilidad de las empresas para con los derechos humanos, especialmente en el seno de las Naciones Unidas.

El segundo capítulo de este trabajo académico pretende identificar el marco jurídico nacional e internacional de actuación y responsabilidad de las empresas, además de estudiar con más profundidad la responsabilidad internacional de los sujetos privados, en este caso, de las empresas con enfoque en la tensión de la soberanía estatal. Presenta un caso de estudio que permite analizar la práctica del Estado ecuatoriano en relación con sus obligaciones de derechos humanos. El capítulo comienza por efectuar un examen del marco jurídico internacional de protección y responsabilidad de las empresas transnacionales donde se refieren tanto el derecho internacional público, como el privado, y el particular efecto de la conocida *lex mercatoria* sobre los ordenamientos jurídicos. También se hace un estudio acerca del conflicto entre la soberanía estatal, el derecho internacional público y de los derechos humanos, y las empresas transnacionales. El bloque conceptual que quizás es el más importante de este capítulo, trata sobre el análisis de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales, cuyo abordaje viene dado por el examen de la responsabilidad estatal en las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, la propia responsabilidad ante el derecho internacional de las personas jurídicas y la significancia que tiene la subjetivación de la persona natural ante la Corte Penal y el Estatuto de Roma. Posteriormente se efectúa un análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano en relación con las obligaciones y responsabilidades de las empresas y las empresas transnacionales. Con el fin de aterrizar estas discusiones conceptuales, el capítulo termina con el estudio de caso acerca del proyecto minero Mirador en la provincia de Zamora Chinchipe, sus efectos, y la determinación de la responsabilidad y violaciones de los derechos tanto del Estado como de la empresa minera.

El capítulo final plantea la necesidad de estudiar en particular el proyecto de tratado internacional de empresas y derechos humanos, a través de distintos documentos y posiciones, que incluyen la propuesta de elementos para el tratado presentada por Ecuador. Aspira a conectar los debates planteados en la parte conceptual para enriquecer la discusión acerca del instrumento jurídico vinculante. Por eso el capítulo se refiere al objeto de estudio particular de esta tesis, el proyecto de tratado o de instrumento jurídico

vinculante de empresas y derechos humanos, presentado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas y el Ecuador como impulsor de su creación. Este capítulo indaga en varias propuestas, críticas, observaciones, sugerencias y comentarios que distintos actores de la sociedad han efectuado al conocido borrador cero y su versión revisada del proyecto de tratado internacional. Se presenta la visión de actores claves del sector empresarial y del Estado a través de entrevistas que permiten conocer su opinión sobre la relación de las empresas y los derechos humanos, y una evaluación de la propuesta de instrumento jurídicamente vinculante. Para concluir el autor realiza un balance de la posición del Ecuador como país proponente, los elementos básicos o las líneas base sobre las que descansa la propuesta de tratado, y el rol de la sociedad civil en la discusión e impulso de este instrumento internacional.

Esta tesis procura presentar una crítica sobre la posición particular del Ecuador en el concierto internacional sobre la temática. Resulta bastante paradójico dada la compleja relación que ha mantenido el país con las empresas transnacionales afincadas en su territorio, que precisamente haya sido el Ecuador el que propuso e impulsó la creación del Grupo de Trabajo Intergubernamental de empresas y derechos humanos del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, cuyo mandato es la elaboración de la propuesta de instrumento jurídico vinculante. Paradójico, tomando en cuenta que distintos gobiernos del país, tal como se demuestra en este trabajo, han sido importantes aliados, socios, y encubridores de las empresas transnacionales, las que en condiciones de favorabilidad han hecho y desecho a su antojo- como indica el adagio popular. Y contradictorio, ya que el mismo gobierno que propuso la creación de este instrumento, por un lado, en el discurso oficial cuestionó a las empresas transnacionales, pero en la práctica atrajo inversiones de empresas chinas que violentaron los derechos humanos ante la mirada tolerante del Estado.

En definitiva, el trabajo académico que aquí se presenta es un acercamiento a una importante temática de los derechos humanos que viene siendo estudiada desde hace pocos años, la responsabilidad de las personas jurídicas, en este caso, las empresas, sobre las violaciones de los derechos humanos, a partir de la propuesta de tratado internacional. El justo anhelo de los afectados a nivel mundial por las actividades dañosas de las empresas es la motivación para ahondar en el debate y llevar a puerto seguro sus propuestas; finalmente la intención no es otra que hacer responsable a las empresas que

han violentado los derechos humanos, obligándolas a reparar, y a no repetir dichas violaciones.

En tanto los sistemas universales de protección de los derechos humanos, además de los códigos externos y la Responsabilidad Social Corporativa no han podido neutralizar la fortaleza del Derecho Comercial Global, el desafío está en conseguir que las actividades que desarrollan las empresas transnacionales puedan ser controladas a través de este tratado, ergo se sujeten al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Capítulo primero

Las Empresas transnacionales

El primer capítulo de esta tesis constituye un acercamiento al concepto de lo que hoy en día se conoce como empresas transnacionales a partir de significados aportados por importantes tratadistas. También da cuenta de la relación de las empresas transnacionales y el Estado ecuatoriano a través de dos principales industrias extractivas, minera y petrolera, presentando un contexto económico, social y especialmente político. Se presenta una caracterización de las violaciones de derechos humanos que son atribuidas a las empresas transnacionales en todas las latitudes del mundo y a partir del análisis de varios estudiosos de la cuestión, para finalmente arribar a un recorrido histórico sobre el debate de la responsabilización de las empresas transnacionales en el ámbito de las Naciones Unidas.

1. ¿Qué son las empresas transnacionales?

Las empresas transnacionales o ETN nacen alrededor del proceso de globalización, esto quiere decir que ellas se constituyen en lo que ahora son, más o menos a partir de la segunda mitad del siglo XX. Muchas de estas empresas son más antiguas que esto, incluso algunas remontan sus orígenes al siglo pasado, pero solamente cuando incursionaron en los mercados internacionales y el proceso de globalización se tornó más agresivo con la entrada de inversiones extranjeras en muchas latitudes del mundo, es que la gran mayoría de estas empresas se transformaron en verdaderas empresas transnacionales que trascienden fronteras y Estados soberanos.

Parece haber un consenso relativamente mayoritario entre los estudiosos de las ETN, en tanto al origen de éstas, al que ubican al final del siglo XIX.^{1 2} Verger explica que el vertiginoso crecimiento de las empresas transnacionales vino de la mano de dos factores preponderantes: las fusiones y las subcontrataciones, que son dos mecanismos utilizados por las ETN para extenderse y actuar a nivel global. Las fusiones que permiten a las empresas internacionalizarse y contar con más propiedades, y las subcontrataciones que rompen la dinámica de la internacionalización haciendo innecesaria la inversión en

¹ Antoni Verger, *El sutil poder de las transnacionales. Lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas en un mundo globalizado* (Barcelona: Icaria Editorial, 2003), 13.

² Alejandro Teitelbaum, *Al margen de la ley: sociedades transnacionales y derechos humanos* (Bogotá: ILSA, 2007), 36.

el extranjero y procurando hacer más ligero su proceso productivo o cadena de comercialización.³

La globalización económica, que es la directamente relacionada con el origen y crecimiento de las empresas transnacionales, se concibe como un proceso histórico que supone una mayor integración de las economías a nivel mundial, particularmente a través del comercio y los flujos financieros, que produce movimiento de personas por trabajo y de conocimiento (tecnología) que se mueven a través de las fronteras nacionales.⁴

La globalización está ligada con el origen y desarrollo de las empresas transnacionales, y forman entre sí una relación compleja de dependencia, de tal forma que las empresas transnacionales no serían lo que son hoy, sin globalización, ni la globalización hubiera alcanzado su máximo esplendor sin la activa participación de las empresas transnacionales. Las ETN son en efecto grandes agentes económicos, fundamentales en el proceso de globalización económica y un subproducto ideológico- y hasta material- de la globalización.

En la literatura académica se pueden encontrar varias definiciones de lo que son las empresas transnacionales, aunque la gran mayoría son similares. Jurídicamente no existe una definición de empresas transnacionales, por lo menos no en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Tampoco existe un consenso respecto de si llamar a las empresas transnacionales como tal, o como multinacionales o globales, sin embargo, muchos autores utilizan todos estos términos como sinónimos.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al referirse a transnacional direcciona a multinacional y define a ésta última como: “sociedad mercantil o industrial cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en muchos países”.⁵

Antoni Verger define a la empresa transnacional, como: “una organización económica compleja en la que una empresa detenta la propiedad- o parte de la propiedad- de una o varias empresas en países extranjeros, a las cuales denomina filiales”.⁶ Este primer concepto citado es estrecho en su caracterización de las empresas transnacionales, ya que no solamente en razón de que la empresa nacional de un país tenga también la propiedad de otra empresa en un país diferente, es ésta una empresa transnacional.

³ Verger, *El sutil poder de las transnacionales*, 13.

⁴ Este concepto es resumido del presentado por el Fondo Monetario Internacional, “Globalization: Threat or Opportunity”, <http://www.imf.org/external/np/exr/key/global.htm>

⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española DRAE, <http://dle.rae.es/?id=Q4QmPcP>.

⁶ Verger, *El sutil poder de las transnacionales*, 13.

Rodrigo Borja Cevallos, tratadista ecuatoriano hace una diferenciación entre los términos “transnacional” y “multinacional” y en lugar de empresas, las llama “corporaciones” y señala que, aunque suelen tomarse como similares los términos transnacional o multinacional, hay una sutil diferencia desde el punto de vista empresarial.⁷

Para Borja las multinacionales son aquellas empresas o corporaciones donde existe la aportación de capitales de personas de distintas nacionalidades y que confían también la dirección de la empresa a personas de diferentes procedencias nacionales, mientras que transnacional supone un concepto más amplio al tratarse de empresas que sobrepasan las fronteras nacionales, extendiendo sus negocios más allá de los límites políticos de sus países. Indica también que esto no quiere decir que los términos y conceptos sean excluyentes entre sí, por lo que una empresa o corporación puede perfectamente entrar en las dos definiciones, siendo una empresa transnacional o multinacional. Lo cierto es que, en la literatura, y en la práctica se utiliza indistintamente los términos multi o transnacional para referirse a estas empresas que rebasan las fronteras nacionales e instalan sus actividades en múltiples países.

Por otro lado, Briceño hace con mayor claridad una diferenciación entre un concepto económico y un concepto jurídico de empresa transnacional, señalando que en un concepto económico puede decirse que las ETN son: “(...) una unidad de producción orientada por un carácter organizacional corporativo y con tendencia expansionista en el ejercicio de sus actividades”,⁸ mientras que jurídicamente indica que las ETN tendrán:

[...] que adecuarse a las formas empresariales, corporativas o societarias consagradas en cada ordenamiento nacional, para el ejercicio de actividades económicas o industriales, siendo, además, un elemento que servirá para la determinación de la jurisdicción a la que podrá acudir para reclamar por los daños causados en desarrollo de sus actividades.⁹

La Campaña Mundial para Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad, aporta un concepto que además de ser fácil de comprender y manejar, es algo más completo que los anteriores.

Las ETNs son entidades o grupos de entidades económicas/financieras que realizan actividades económicas/financieras en más de un país. Están, por lo general, constituidas por una sociedad matriz que opera en otros países a través de inversiones extranjeras

⁷Rodrigo Borja, “Corporaciones multinacionales”, *Enciclopedia de la Política*, <http://www.encyclopediadelapolitica.org/>.

⁸ Andrés Briceño, *Responsabilidad ambiental objetiva internacional de las empresas multinacionales y/o transnacionales y su aplicación en Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 21.

⁹ *Ibíd.*

directas u otras prácticas económico-financieras, sin crear empresas locales, o mediante filiales que se constituyen como empresas locales.¹⁰

Indican además que en la actualidad existen en el mundo más de 40.000 empresas transnacionales, y el 85% de dichas empresas tiene su sede o casa matriz en un país del norte.¹¹

El Observatorio de Multinacionales en América Latina OMAL proporciona otra definición bastante más precisa de lo que son las empresas transnacionales, muy cercana al ámbito jurídico:

definiremos, así pues, a la empresa transnacional —o multinacional— como aquella empresa que está constituida por una sociedad matriz creada de conformidad con la legislación del país en que se encuentra instalada, que se implanta a su vez en otros países mediante inversión extranjera directa, sin crear empresas locales o mediante filiales que se constituyen como sociedades locales, conforme a la legislación del país destino de la inversión.¹²

Las empresas transnacionales o ETN pueden ser además públicas o privadas, privadas cuando su capital sea el resultado de la aportación de personas naturales o jurídicas particulares, y las públicas que son aquellas cuyo capital pertenece enteramente o en parte a cualquier Estado, entidad, empresa, organización pública o gobierno del mundo. Lo importante de hacer esta diferenciación y esta clasificación es que existe la creencia de que solamente las empresas transnacionales privadas podrían ser responsables por el cumplimiento o la violación de los derechos humanos, sin embargo, las empresas transnacionales públicas también lo son, y con más razón ya que pertenecen a Estados quienes son los primeros garantes de los derechos humanos.

Reseñados varios de los conceptos de lo que se entiende por empresas transnacionales, es necesario proporcionar un concepto de empresas transnacionales. Las empresas transnacionales o multinacionales son aquellas empresas formadas por una sociedad matriz, constituida al amparo de las leyes del país donde se encuentre y que a través de inversión extranjera directa o indirecta, se implantan en un país distinto a través de filiales, sucursales, representaciones, agencias, plantas industriales entre otras, que operan bajo la legislación local del país donde se implantan y que ejercen actividades comerciales, mercantiles, financieras, y demás, que pueden igualmente contar con

¹⁰ Campaña Mundial para Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad, “8 propuestas para el instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre Empresas Transnacionales (ETNs) y Derechos Humanos”, 2015, <https://www.stophthewall.org/es/desmantelar-el-poder-corporativo-8-propuestas-para-el-tratado-vinculante-sobre-etns>.

¹¹ *Ibíd.*

¹² OMAL, “Qué es una empresa transnacional”, *Observatorio de Multinacionales en América Latina*, accedido el 24 de octubre de 2016, <http://omal.info/spip.php?article4858>.

participación de capitales multinacionales, y que operan bajo esquemas de influencia y dominación.

Además de esta definición de empresas transnacionales, se hace preciso para este trabajo conceptualizar a las empresas transnacionales extractivas, que no serían otra cosa que estas mismas empresas transnacionales según la definición proporcionada, pero que operan en la extracción, procesamiento y comercialización de materias primas y recursos no renovables, que se ubican fuera del territorio de origen de la empresa y bajo la autorización, delegación o concesión de los Estados propietarios de los yacimientos.

1.1 Las Empresas transnacionales en el Ecuador

La llegada de las empresas extranjeras al Ecuador inició con los albores del siglo XIX. Los primeros capitales foráneos que arribaron al país ayudaron a financiar varias obras importantes del país como el ferrocarril, las explotaciones auríferas y el petróleo en la provincia de Santa Elena. Desde 1910 y hasta 1950 no se registra, sin embargo, inversiones importantes o créditos extranjeros de gran relevancia.¹³ Entre 1950 y 1963 la inversión extranjera directa fue muy reducida, y ascendió solamente a poco más de 5 millones de dólares por año.¹⁴ A partir de 1965 aproximadamente, el capital externo comienza a arribar en cantidades mayores, impulsadas originalmente por el auge bananero que trajo a las empresas transnacionales Standard Fruit y United Fruit, dos compañías norteamericanas que invirtieron en varias plantaciones del país y que llegaron a concentrar el 30% de la producción nacional de banano.¹⁵ El boom bananero produjo un acelerado crecimiento económico en el país entre 1948 y 1982, el producto interno bruto (PIB) creció sostenidamente más de seis veces en este período, con una tasa anual de 5.8%.¹⁶

En 1971 el Ecuador recibió cerca de 162 millones de dólares en inversión extranjera, los que en su mayoría estaban destinados para financiar la actividad petrolera que comenzaba en dichos años.¹⁷ Para el inicio de la década de los 80's ya se registra una participación considerable de empresas transnacionales en la economía ecuatoriana, ya sea directamente, o en asociación con inversionistas nacionales, sean privados o estatales. La presencia de estas empresas se da principalmente en unos pocos sectores económicos:

¹³ Naciones Unidas, *La presencia de las empresas transnacionales en el Ecuador* (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 1984), 1.

¹⁴ *Ibíd.*, 2.

¹⁵ Carlos Larrea Maldonado, *Hacia una historia ecológica del Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 61.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Naciones Unidas, *La presencia de las empresas transnacionales en el Ecuador*, 2.

petróleo, construcción, transporte aéreo, y otros servicios asociados. Para la fecha existían algo más de 220 sucursales de empresas extranjeras en el país, y había cerca de 1400 empresas con capital extranjero de inversión directa. De las 30 empresas más grandes del país, que vendieron cerca de 31500 millones de sucres a la época, las ligadas a empresas extranjeras vendieron aproximadamente 19800 millones, lo que representa el 63%.¹⁸

Después de este extenso estudio de la inversión extranjera en el país que data de hace algunas décadas, no existe una información consolidada, concreta y tan nutrida sobre la participación del capital extranjero y de las ETN en el Ecuador que sirva de referencia para evaluar su participación en el mercado ecuatoriano en la actualidad. Por esta razón, y para ampliar el estudio de las ETN en el país, a continuación, se presentan dos industrias donde las ETN participan muy activamente y que han provocado múltiples violaciones de derechos humanos.

1.2. La minería y las empresas transnacionales

La tradición minera del Ecuador es de larga data. Ya para 1877 se estableció una de las primeras compañías mineras en el país de asociación ecuatoriana-chilena que al poco tiempo fracasó por enfocar sus inversiones en otros países. En 1887 se establece el primer código minero en el Ecuador dando apertura a la inversión de compañías nacionales en el desarrollo de este campo, pero debido a su poca inversión y falta de cualificación fueron rápidamente desplazadas por compañías extranjeras de origen inglés. La primera en asentarse fue la compañía “The Great Zaruma Gold Mining Company Limited”; para la época también se asentó una compañía francesa, hasta que finalmente en 1896 la compañía norteamericana South American Development Co. (SADCO) tomó todos los yacimientos importantes en la zona, llegando a desarrollar proyectos en una extensión cercana a los 40 km², abarcaron en etapas más tardías prácticamente todo el cantón Zaruma de la Provincial de El Oro.¹⁹

Los contratos firmados en 1896 entre la compañía y el Estado no fueron revisados sino hasta la presidencia del General Eloy Alfaro, cuyo gobierno consideró que la compañía no había hecho más que recibir beneficios sin dejar nada para el país. El gobierno exigió entonces la construcción de una carretera de 75 kilómetros entre

¹⁸ *Ibíd.*, 4-5.

¹⁹ Raúl Harari, Florencia Harari ed., *La minería del oro artesanal y a pequeña escala en Ecuador. Trabajo, ambiente y salud* (Quito: Editorial El Conejo, 2016), 44.

Portovelo y Santa Rosa, pero a cambio la compañía pidió ser exonerada por cincuenta años de patentes y pago de impuestos fiscales y municipales.²⁰

Para 1922, la legislatura del Ecuador decide que se debe demandar a SADCO por incumplimiento de los contratos de 1910 y 1917, sin embargo, el gobierno de Tamayo no cumplió la decisión del parlamento, y entonces se dictó otro decreto facultando al gobierno a firmar un nuevo contrato de transacción para 1923, que se firmó en 1924. En este nuevo contrato la empresa se obligó a entregar 130 km de rieles para el ferrocarril en la ruta Puerto Bolívar- Río Amarillo, o a pagar su costo si no los entregaba. A cambio SADCO recibió sendos beneficios incluyendo una exoneración de impuestos y tributos de aduana.²¹

Lamentablemente las condiciones de trabajo seguían siendo precarias para la fecha, se pagaban sueldos irrisorios, se despedía a los trabajadores que intentaban organizarse, los accidentes eran frecuentes y dejaban consecuencias nefastas, inclusive muertos, y otros daños.²² El contraste con las condiciones laborales de los directivos de la empresa eran evidentes, la desregulación y el descontrol de la vida laboral de la compañía, permitía todo tipo de abusos, y la falta de una organización sindical y un Estado fuerte, prácticamente les otorgó patente de corso para sus actividades.²³

Durante el gobierno del general Alberto Enríquez Gallo se cuestiona profundamente el contrato existente y las prebendas de la compañía, que se eliminan aumentando las obligaciones monetarias con el Estado. Comienzan también reclamos más formales y se alega la nulidad del contrato, y la empresa promueve la intervención diplomática estadounidense, sin embargo, el gobierno ecuatoriano mantiene el nivel de disputa. Producto de esta interminable querrela, el gobierno fija la cuestión minera en el ámbito de las concesiones y no del derecho privado con lo que el Estado recupera la competencia de revisarlas, el Código Minero de 1887 le daba al Estado la potestad de actuar conforme el interés nacional.²⁴

SADCO continuó funcionando hasta 1951, explotando las minas de Portovelo en el cerro Zaruma, la que se mantuvo durante muchos años como la mina más grande e importante del país;²⁵ en este año el gobierno de Galo Plaza acuerda su salida del país

²⁰ *Ibíd.*, 46.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*, 47.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*, 48

²⁵ Teodoro Bustamante y Rommel Lara, coord., *El Dorado o la Caja de Pandora: matices para pensar la minería en Ecuador* (Quito: FLACSO Sede Ecuador, 2010), 66.

que fue ampliamente cuestionada. Sin empresa que se hiciera cargo de esa área de explotación minera, el Estado crea la Compañía Anónima Minera Industrial Nacional Ecuatoriana (CAMINE) y posteriormente la empresa Compañía Industrial Minera Asociada (CIMA) que trabajó hasta febrero de 1978, y en la que participaron el Municipio de Zaruma y los ex trabajadores de SADCO. CIMA se convirtió en la empresa benefactora de la región por excelencia, lo que la volvió insostenible, de allí que estuviera condenada a la desaparición.²⁶

Posterior a la explotación de esta importante mina por parte de la empresa SADCO, no hubo empresas grandes extranjeras interesadas en la exploración y explotación de minerales en el Ecuador, solamente minería de escala artesanal que se ha desarrollado en varias zonas del Ecuador a lo largo de los años. En resumen, la minería en el Ecuador hasta finales de los años 90 del siglo pasado no fue una actividad muy significativa, en vista que se ha dado en momentos y lugares concretos, y no ha aportado al erario nacional, en la magnitud que si lo ha hecho el petróleo.²⁷

Este escenario comenzó a cambiar radicalmente a partir de los años 90, ya que más compañías extranjeras invirtieron en el Ecuador en el sector minero, para la época las compañías más importantes eran Odin Mining de Australia, y AG Aremeno Mines de Canadá, aunque existían otras 177 compañías extranjeras que administraban 153 concesiones mineras, que ocupaban cerca de 230 mil hectáreas.²⁸ La producción de oro en el país desde 1998 hasta 2009 fue de 46 toneladas aproximadamente. “La participación estatal en los beneficios de la minería fue cercana a los 45 millones de dólares por concepto de regalías, patentes y otros tributos.”²⁹

Entre 1999 y el año 2000, la empresa Corriente Resources Inc., de Canadá pasó a ser propietaria de varios proyectos de explotación minera en el Ecuador, con un acumulado en territorio de cerca de 60.000 hectáreas, incluyendo cuatro depósitos de cobre y de cobre-oro que son: Mirador, Mirador Norte, Panantza y San Carlos. Los dos primeros en la provincia de Zamora Chinchipe y los segundos en Morona Santiago. Esta empresa constituyó las empresas Ecuacorriente S.A (ECSA), ExplorCobre S.A. (EXSA), Puerto Cobre S.A. e HidroCruz S.A. El proyecto Mirador y varios otros territorios

²⁶ Raúl Harari, Florencia Harari ed., *La minería del oro artesanal y a pequeña escala en Ecuador*, 49.

²⁷ Bustamante y Lara coord., *El Dorado o la Caja de Pandora*, 67.

²⁸ Raúl Harari, Florencia Harari ed., *La minería del oro artesanal y a pequeña escala en Ecuador*, 60.

²⁹ *Ibíd.*, 62.

ancestrales Shuar y tierras campesinas de Tundayme y el Guismi del cantón El Pangui, en Zamora Chinchipe fueron concesionadas a ECSA.

Después del año 2009, dos compañías de origen chino, la China Railway Construction Corporation y la Tongling Nonferrous Metals Group Holdings Co., adquirieron a la empresa canadiense Corriente Resources Inc., por lo que las empresas constituidas por esta última y sus concesiones pasaron a ser propiedad del consorcio chino. Tres años después, en 2012, el Ministerio del Ambiente otorgó la licencia ambiental para la fase de explotación a la empresa, y el 5 de marzo de 2012, ECSA firmó un contrato con el Estado para explotación minera. Cuatro años más tarde, el Ministerio del Ambiente aprobó un Estudio de Impacto Ambiental que permitió ampliar el proyecto de 30.000 toneladas por día a 60.000 toneladas por día para la fase de explotación.³⁰

En febrero de 2019 se da cuenta a través de notas de prensa³¹ del adelanto del proyecto minero Mirador que cuenta con más de un 75% de avance y que se prevé comience oficialmente su fase de explotación en diciembre de 2019. Entrará en fase de prueba en julio de 2019, y producirá según la información del Diario un total de “3, 18 millones de toneladas de cobre, 3,39 millones de onzas de oro, y 27,1 millones de onzas de plata.”³² Hasta la fecha, la empresa china ECSA ha invertido cerca de 2015 millones de dólares y planifica invertir 414 millones adicionales hasta el 2022, y ha entregado en regalías 85 millones de dólares de los 100 que pactó desembolsar al Estado, que, según el Ministerio de Minería, se invierten hasta en un 60% en las comunidades aledañas.

1.3. Petróleo y empresas transnacionales

La historia petrolera del país comienza mucho antes de lo que se piensa, allá por el siglo XVIII ya se tenía noticias de las exploraciones de yacimientos petroleros en nuestro país y hacia el siglo XIX ya existía explotación y producción petrolera. En 1909 se concedió una patente de privilegio al señor Luis Maulme para que realice la destilación y refinación de petróleo bruto en la península de Santa Elena, asumiendo totalmente el riesgo del negocio, ya que debía hacer toda la inversión que esto significaba.³³ Dos años más tarde, en 1911 arribó al Ecuador el primer taladro de perforación a percusión, que inició la perforación de pozos en Santa Elena, con resultados alentadores.

³⁰ *Ibíd.*, 50.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ Ramiro Gordillo G, *¿El oro del diablo? Ecuador: historia del petróleo* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005),31.

Hacia 1923 la compañía Anglo Ecuadorian Oilfields Limited., obtuvo varios arrendamientos petroleros, lo que promovió oficialmente la entrada de las transnacionales petroleras al Ecuador. La “Anglo” como se le conocía popularmente realizó labores de exploración en la zona de la península, efectuando perforaciones que no tardarían en brindar sus frutos. La perforación del pozo Ancón produjo 30 barriles por día e inauguró la primera etapa petrolera del país. Para 1927 se habían producido ya 1.400.000 barriles, a un promedio de 380 barriles por día.³⁴

Anglo instaló en La Libertad, en Santa Elena, una pequeña refinería de petróleo que tenía una capacidad de procesamiento de mil barriles por día, y podía producir gasolina. Tal fue el poder económico y la influencia política de esta empresa, que entregó préstamos a los gobiernos ecuatorianos para financiar proyectos. En 1936 entregó un préstamo de 30.000 libras esterlinas al gobierno, a cambio de privilegios y canonjías para desarrollar su explotación petrolera.³⁵

En los años 30 del siglo pasado el Ecuador vivió un tiempo de inestabilidad política, los jefes de gobierno cambiaban en menos de un año y sus relaciones con las empresas extranjeras fueron diversas, algunos más entregados a los intereses corporativos como Arroyo del Río y otros más nacionalistas como el general Enríquez Gallo. Lamentablemente el Estado estaba muy lejos de recibir los ingresos petroleros que le correspondían y que solo beneficiaban a la compañía petrolera; como consecuencia de la legislación vigente a la época, la ley de 1921 o ley de arrendamientos, que en la práctica disminuyó la participación económica del Estado “a menos de la mitad del Quinto Real (20%) de la época colonial”,³⁶ además de fijar valores irrisorios y perjudiciales al Estado por los derechos superficarios. En palabras de Osvaldo Hurtado “La Anglo Ecuadorian Oilfields inicia sus operaciones sobre una base verdaderamente colonial, sin pagar ningún impuesto”.³⁷

La ley de 1937 aunque contó con notables avances, como la declaración de que los hidrocarburos son dominio inalienable e imprescriptible del Estado y por lo tanto de utilidad pública, también fue irrisoria en otros aspectos. Si la ley de arrendamientos de 1921 era pro-empresa en cuanto a cánones, la de 1937 lo era aún más. El Estado participaba en la producción de petróleo por medio de regalías que iban de un mínimo de

³⁴ *Ibíd.*, 32.

³⁵ *Ibíd.*, 37.

³⁶ *Ibíd.*, 40.

³⁷ *Ibíd.*, 43.

5 a un máximo del 11% de la producción neta. Además, concedía exoneración total de impuestos y tasas aduaneras, aunque si debían pagar impuesto a la renta y a las ventas. La figura de arrendamientos cambió por una más moderna de concesiones.³⁸

Durante el gobierno del Jefe Supremo Enríquez Gallo y en respuesta a la difícil situación económica del país, se decretó que todas las compañías petroleras debían pagar los derechos aduaneros de los que habían sido exonerados. Impuso el pago del 10% como contribución sobre toda la producción petrolera. La ley 45 revisó los contratos con todas las compañías petroleras que operaban en Ecuador.³⁹

La producción de petróleo que principalmente se daba en la provincia de Guayas en Santa Elena (hoy provincia de Santa Elena) se mantuvo marginal durante varios años, hasta que en la década de los 60's se encuentra petróleo en la Amazonía que comenzaría su producción en la década de los 70's.

En 1961, siendo José María Velasco Ibarra presidente de la República durante su cuarto mandato, arribó al país un ciudadano austriaco llamado Howard Steven Strouth, quien supuestamente estaba relacionado con altos funcionarios de gobierno, y que logró la entrega de varias concesiones mineras y petroleras de gran magnitud. Alcanzó una concesión de 4350000 hectáreas en las provincias de Napo, Pastaza y Morona Santiago, que representaban alrededor de la sexta parte del territorio nacional, y con un período de exploración y explotación de hasta 57 años.⁴⁰ A cambio de dicha concesión, el país recibía la irrisoria cantidad de dos y medio centavos de sucre, es decir, la mitad de un centavo de dólar por hectárea y por año, y regalías por el 6% de la producción neta. Se concedieron además la exoneración de todos los impuestos fiscales y municipales, así como de tasas aduaneras. El señor Strouth y su grupo firmaron un contrato transfiriendo 650000 hectáreas a Texaco de Petróleos del Ecuador S.A. y Gulf Ecuatoriana de Petróleos S.A.⁴¹

En 1963 Texaco y Gulf anunciaron públicamente su descubrimiento de petróleo de 37 grados API, en la cuenca del Putumayo junto al oriente ecuatoriano, departamento del vecino país Colombia. Se inició inmediatamente la exploración petrolera, que dio como resultado el descubrimiento de petróleo en la selva ecuatoriana en 1967, en el pozo

³⁸ *Ibíd.*, 45-7.

³⁹ *Ibíd.*, 43-9.

⁴⁰ *Ibíd.*, 78.

⁴¹ *Ibíd.*, 78-81.

Lago Agrio 1, que tuvo una producción de 2640 barriles por día de un petróleo de 29 grados API y de bajo contenido de azufre.⁴²

En abril de 1973 se expidieron las bases para los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Petróleo y para los Contratos de Asociación. Comenzaron las negociaciones con las compañías, que tomaron alrededor de 4 meses y se logró la suscripción de los nuevos contratos petroleros por agosto de 1973. Estos nuevos contratos significaron un gran adelanto en materia contractual-petrolera para el país, puesto que estandarizaron los contratos y consiguieron más beneficios para el país. Unificaron criterios como: la duración, la ubicación, los límites, inversiones, primas de entrada, garantías, derechos superficiales, entre otros.⁴³

La renegociación del contrato con Texaco implicó: la reducción de 40 a 20 años en el período de explotación; aumento de las regalías al 16% de la producción; mayores derechos superficiales, 4 dólares por hectárea por año, una prima de casi 3 millones de dólares, y la construcción de infraestructura en Aguarico y El Coca, a fin de crear polos de desarrollo organizados en la zona petrolera para los trabajadores y sus familias.⁴⁴

Desde el inicio de la exportación, el Ecuador ha producido un promedio de 250.000 barriles por día, llegando a producir inclusive 700.000 barriles por día. Esta producción ha significado para el país un ingreso de ingentes recursos, que sujetos a la baja o al alza del precio del barril, representa hasta hoy el principal rubro de financiamiento del presupuesto público del Ecuador. El petróleo ha aportado con el 47% de las exportaciones del país entre 1972 y 2003, y las rentas petroleras han alcanzado el 45% de los ingresos del Estado entre 1987 y 1997 y 33% entre 1997 y 2003.⁴⁵ El Estado ha participado en gran medida de las ganancias petroleras, hasta 1990 en aproximadamente un 80%, además ha constituido alrededor de esta actividad varias empresas públicas que generan una buena rentabilidad para el Estado

Las profundas transformaciones producidas por el petróleo en la economía y la sociedad ecuatoriana son de significativa importancia. Desde el inicio de su exportación en 1972 el país experimentó un rápido y vertiginoso crecimiento en muchas aristas, en principio el ingreso por habitante se duplicó, el PIB creció sustancialmente, la clase media tuvo una importante expansión, la industrialización y la urbanización aumentaron

⁴² *Ibíd.*, 91.

⁴³ *Ibíd.*, 136.

⁴⁴ *Ibíd.*, 131-140.

⁴⁵ Larrea, *Hacia una historia ecológica del Ecuador*, 92.

radicalmente, y en general, se produjo un estado de bienestar nunca antes visto en el Ecuador.

En 1985 durante la presidencia de León Febres Cordero se adjudicó a la petrolera Occidental Exploration and Production (OXY) el bloque petrolero número 15 ubicado en las provincias de Orellana y Sucumbíos y en particular los campos Limoncocha, Éden-Yuturi y Yanaquincha, la figura del contrato era de prestación de servicios. El margen de participación del Estado durante la vigencia del contrato fue de aproximadamente el 12%, aun cuando se había fijado un 15%.⁴⁶

En 1999 durante la presidencia de Jamil Mahuad Witt, el contrato fue modificado de un contrato de prestación de servicios a un contrato de participación, llegando la participación en función de los barriles producidos por día hasta el 30%. Para el año 2000 OXY suscribió un acuerdo con la empresa canadiense AEC, filial de Encana, en la que cedió el 40% de sus participaciones en el campo petrolero entregado a OXY. En 2004 el Procurador General del Estado anunció que la compañía OXY había cometido acciones que violentaban el contrato con el Estado, que implicaban causales de caducidad. Se afirmó que se transfirió el 40% de los derechos y obligaciones del contrato de participación sin la autorización del Ministerio de Energía y Minas. Esta acción violentaba expresamente lo establecido en el artículo 79 de la vigente Ley de Hidrocarburos.

El 02 de agosto de 2005, siendo presidente Alfredo Palacio, se acoge la petición del Procurador y se declara el cese del contrato con la OXY. Dicha compañía considerando este acto como un acto lesivo a sus derechos e intereses, demandó al Estado Ecuatoriano ante el Centro Internacional de Disputas de Inversión CIADI, considerando que lo actuado por el país era una “confiscación ilegal”, y solicitando al tribunal que se reestablezcan las condiciones de explotación que la compañía mantenía en el Ecuador.⁴⁷

En octubre de 2012, el CIADI emite su pronunciamiento a favor de la petrolera OXY y manda a pagar al Estado una indemnización sobre los 1700 millones de dólares, al concluir que declarar la caducidad del contrato fue equivalente a la expropiación, y considerar que por este acto el Ecuador violó el Tratado Bilateral de Inversiones con los

⁴⁶ Ecuador Procuraduría General del Estado, *Caso OXY: Defensa jurídica de una decisión soberana y en derecho del Estado Ecuatoriano* (Quito: Procuraduría General del Estado, 2014) 13.

⁴⁷ *Ibíd.*, 23-7.

Estados Unidos.⁴⁸ El Ecuador apeló dicha decisión, y tras 9 años de litigio, se ordenó pagar 1061,7 millones de dólares, es decir, 707,9 millones menos que el laudo original, y 2308 millones menos que la cifra original pedida por la OXY.

Para 2010, ya en el auge de la Revolución Ciudadana con el presidente Rafael Correa a la cabeza, se da un nuevo giro a la política petrolera del país, se retoman los contratos de prestación de servicios y se dejan a un lado los de participación, se declaró la caducidad de varios contratos con empresas petroleras y se retoma el control estatal sobre la producción petrolera del país.

El 20 de julio de 2010 se declaró la caducidad de los contratos con las compañías Perenco y Burlington, ordenando a Petroecuador tomar a cargo los campos petroleros de dichas compañías para no suspender la operación. El contrato de la compañía anglo-francesa Perenco se canceló debido a la supuesta negativa de la empresa de cancelar una deuda tributaria que ascendía a unos 327 millones de dólares. La compañía calificó esta acción como una expropiación ilegal de sus campos demandando al Estado ecuatoriano y solicitando una indemnización.

En 2011 se ordena renegociar nuevamente todos los contratos petroleros, justificándose las autoridades en una supuesta caída de la inversión de las petroleras que estaba produciendo a su vez la caída de los ingresos petroleros del país. La renegociación fue un mandato incluido en la nueva reforma a la Ley de Hidrocarburos que en una de sus disposiciones transitorias estableció la necesidad de que los contratos se reformulen, contrario se entenderían caducados. El Ecuador esperaba aumentar su participación en los ingresos de un 65% a un 85%.

Estos nuevos contratos de prestación de servicios consistían en que las compañías petroleras reciben un pago de una tarifa acorde con las inversiones realizadas, con los costos y gastos de producción y con un margen de rentabilidad considerado como razonable en el mundo petrolero.

Estos contratos además establecieron dos cláusulas innovadoras: la primera sobre el arbitraje, en la que se establece que el arbitraje se realizará conforme las reglas de solución de controversias planteadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, eliminando de plano la opción del arbitraje en el CIADI; la segunda sobre el medio ambiente que exige a las empresas a realizar provisiones

⁴⁸ El Comercio, “Cronología de la demanda de la petrolera OXY contra Ecuador”, *El Comercio*, 5 de octubre de 2012, <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/cronologia-de-demanda-de-petrolera.html>.

anuales que se acumulan en un fondo para la remediación de pasivos ambientales y sociales a la terminación del contrato. Además, que la no remediación de los daños ambientales en un tiempo razonable es causa de caducidad del contrato.

En julio de 2018 el gobierno ecuatoriano a la cabeza del nuevo presidente Lenin Moreno anunció su intención de retomar los contratos de participación en el sector petrolero. Mediante Decreto Ejecutivo 449 de 13 de julio de 2018, el Presidente de la República reformó el Reglamento de la Ley de Hidrocarburos dando paso a la suscripción de contratos para la exploración y explotación petrolera mediante la modalidad de participación.

En este modelo de contrato los costos de operación, transporte y comercialización los asume la empresa privada, aunque la producción es compartida entre el Estado y la empresa, y se establece un pago por barril producido, aunque no se anuncia la tarifa. Este nuevo contrato a criterio de las autoridades ecuatorianas brinda la seguridad jurídica y las garantías para la inversión.⁴⁹

En este breve relato de la explotación petrolera del país, se da cuenta de la compleja relación del Estado ecuatoriano con las empresas transnacionales petroleras, quienes se han beneficiado enormemente de los recursos que la explotación del petróleo en el país les ha generado, aunque también ha sido para el Estado, casi siempre, una fórmula de ganar- ganar, porque de alguna u otra manera, las dos partes han obtenido importantes recursos económicos. Sin embargo, esta fórmula de ganar- ganar no siempre ha sido del toda beneficiosa para todos los involucrados: las comunidades mestizas, campesinas e indígenas que han habitado o habitan en las áreas de influencia de los proyectos petroleros, han visto como sus derechos humanos han sido conculcados, gobierno tras gobierno, y empresa tras empresa, asumiendo la parte más fea y dura de la extracción petrolera, los impactos negativos en su modo de vida y su ambiente natural.

Resumiendo, las empresas transnacionales han sido, sin duda alguna, parte fundamental del descubrimiento, exploración, auge, y hasta ocaso de los recursos más importantes de nuestro país. De allí que el país dependiera en varios niveles de la relación con las empresas transnacionales, desde la construcción de infraestructura, dotación de servicios básicos, hasta la concesión de préstamos o financiación de proyectos de interés

⁴⁹ El Universo, “Contratos petroleros de Ecuador se realizarán bajo la modalidad de participación”, *El Universo*, 13 de julio de 2018, <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/07/13/nota/6857177/contratos-sector-petrolero-ecuador-se-realizaran-bajo-modalidad>.

gubernamental; y que por aquello las condiciones o reglas de juego impuestas a las empresas transnacionales por el Estado ecuatoriano, hayan sido en la mayoría de sus gobiernos lo bastante favorable como para que desplieguen su accionar sin mayor control y obteniendo grandes beneficios.

Se distinguen claramente fases de apertura o bloqueo con estas empresas, por lo menos en cuanto a política petrolera se refiere, fases que permiten constatar que el país ha tenido una especie de relación amor y odio, ya que las relaciones con las empresas transnacionales han variado drásticamente de gobierno en gobierno, e inclusive de año en año, así en una suerte de esquematización se podría resumir la relación en las siguientes fases:

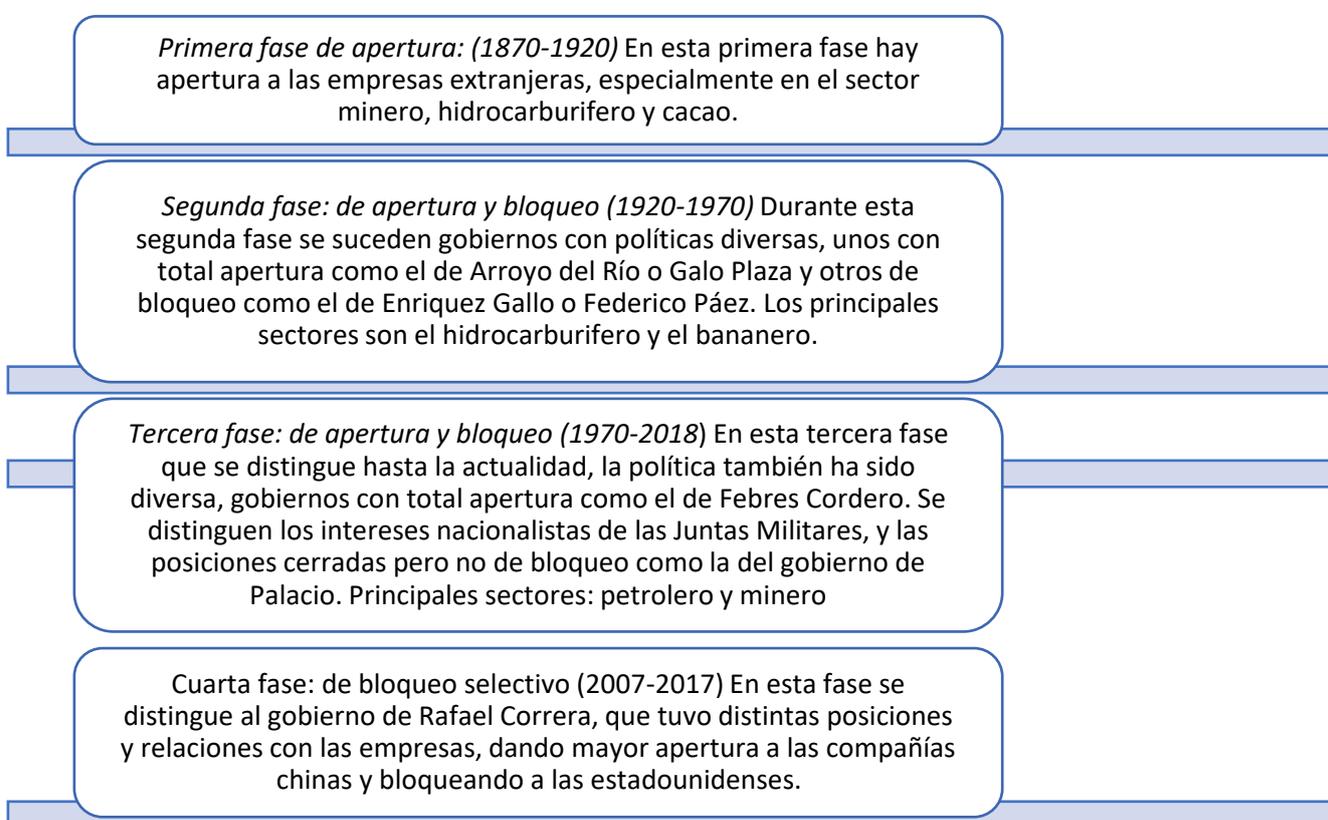


Figura 1. Resumen de fases de apertura o bloqueo a las empresas transnacionales por parte de los gobiernos ecuatorianos, de elaboración propia en base a la bibliografía presentada.

2. Caracterización de las violaciones de derechos humanos atribuidas a las empresas transnacionales en el Ecuador y el mundo

Las actividades empresariales ciertamente tienen un impacto tanto positivo como negativo en el ejercicio de un amplio catálogo de derechos humanos. Sin embargo, los impactos negativos son más evidentes e importantes que los positivos. El ciclo de la

impunidad que rodea a las actividades dañosas de las empresas está fuertemente protegido por un ordenamiento internacional que privilegia al capital por sobre el ser humano. “Los desastres causados por las STNs están lejos de afectar solo a los servicios públicos privatizados (agua, electricidad, transportes, etc.); prácticamente afectan a todos los campos de la vida.”⁵⁰ Esta afirmación del Centro de Investigaciones Norte Sur- CETIM parece ratificar los criterios vertidos por múltiples tratadistas sobre el impacto de las empresas en los derechos humanos, impactos que además se presentan en los breves estudios de caso que más adelante se reseñan.

No hay duda de que las ETN tienen el potencial de causar daños a las personas y al medio ambiente, daños que se traducen muchas veces en violaciones de los derechos humanos. Gómez Isa señala que desde hace varios años hay inquietud respecto al influjo que estas empresas pueden tener en el disfrute de los derechos humanos de las poblaciones donde se asientan, “en particular los derechos económicos y sociales, el derecho humano al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado”.⁵¹ Los derechos humanos comprometidos por las actividades empresariales pueden ser clasificados según el impacto, tal como ha hecho Llistar, quien define a las violaciones según el ámbito, a saber:

1. Sobre la soberanía local y estatal (alimentaria, energética, de recursos naturales, comercial y sobre la autodeterminación).
2. Sobre la seguridad personal, local y nacional (guerras, paramilitarización y guerras de baja intensidad).
3. Sobre la economía local
4. Sobre las culturales locales y educación.
5. Sobre los recursos naturales y la salud ambiental.
6. Sobre el trabajo.
7. Sobre el acceso a la tierra y a la vivienda.
8. Sobre la salud pública.⁵²

En lo que se refiere a violaciones del derecho humano al trabajo se pueden encontrar múltiples actuaciones que transgreden este derecho como:

⁵⁰ CETIM, *Sociedades transnacionales y derechos humanos* (Ginebra: CETIM, 2006),4.

⁵¹ Felipe Gómez Isa, *Protección internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos* (México: Editorial Porrúa, 2005), 15.

⁵² Llistar D., “Taxonomía de los impactos y violaciones habituales de las transnacionales en la periferia” en Juan Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa: De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales* (Bilbao: Editorial Hegoa, 2009), 256-57.

1. El trabajo infantil.
2. Condiciones laborales inhumanas.
3. El desconocimiento de los derechos laborales y sindicales.
4. Los atentados a los derechos de los trabajadores y los asesinatos de dirigentes sindicales.
5. El trabajo forzoso.⁵³

Esta caracterización de violaciones responde más que a una simple constatación, nace de un estudio pormenorizado de varias organizaciones que han analizado las prácticas de las empresas que resultan en múltiples violaciones de los derechos humanos. A nivel internacional se destacan también algunas conductas de las empresas transnacionales e inclusive de organismos internacionales, que tienen el potencial de violentar los derechos humanos. Para profundizar en esta caracterización, se resume a continuación el trabajo del Centro Europeo-Tercer Mundo (CETIM) que ha sintetizado nueve escenarios o patrones de violaciones de derechos humanos de las empresas centrados en experiencias reales y en un análisis de las prácticas más comunes de las corporaciones que pueden constituir un abuso o provocar daños.

1. Cracking the code: analiza el código de conducta de la Organización Mundial de la Salud, por sus prácticas de marketing relacionadas con el consumo de leche en polvo, prácticas dudosas con consecuencias nefastas para millones de recién nacidos. Estas conductas relacionadas directamente con las principales empresas del sector (Netlé, Gerber, Wyeth, entre otras). Esto tiene una afectación directa en el derecho a la salud.
2. Health: the por take corporate pill: relacionada con la venta en países del sur de medicamentos vencidos, de publicidad falsa, falta de información y la presión de las empresas farmacéuticas de impedir la venta de medicamentos genéricos a precios reducidos. Lo que afecta directamente en el derecho a la salud.
3. Acces to essential drugs in por countries: a lost battle: una investigación de médicos sin fronteras que habla sobre el abandono de la investigación médica sobre enfermedades que padecen personas insolventes, como por ejemplo la malaria que afecta mayoritariamente a países empobrecidos. Otra conducta que tiene impacto directo en el derecho a la salud.

⁵³ *Ibíd.*

4. Les republics maquilas: estudio de la OXFAM sobre las maquilas montadas en países en vías de desarrollo, que generan condiciones de trabajo deplorables: explotación de mano de obra cercana a la esclavitud. Pone en entredicho al modelo globalizador y a las políticas de los Estados de origen y a los huéspedes. Esto se vincula directamente a una violación del derecho al trabajo.
5. Chiquita: Une meilleur banane: análisis de un rotativo estadounidense sobre las condiciones de salud, el uso de pesticidas, la libertad sindical, la negociación colectiva, entre otras que se ven seriamente afectadas por las prácticas de la empresa transnacional Chiquita en la producción de bananas. Con violaciones directas en el derecho a la salud, al trabajo, al medio ambiente.
6. Bhopal Tragedy: que proporciona un informe detallado sobre fugas de gas en una fábrica de pesticidas que provocó miles de muertes y miles de inválidos por negligencia en materia de prevención de riesgos. Que ha producido violaciones al derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente.⁵⁴

Por su parte, CETIM ha resumido las violaciones más recurrentes de las ETN a nivel mundial en las siguientes:

1. los daños causados al medio ambiente;
2. el trabajo infantil;
3. la criminalidad financiera;
4. las condiciones laborales inhumanas;
5. la ignorancia de los derechos laborales y sindicales;
6. los atentados a los derechos de los trabajadores y los asesinatos de dirigentes sindicales;
7. la corrupción y la financiación ilegal de partidos políticos;
8. el trabajo forzado;
9. la negación de los derechos de los pueblos;
10. el desvío de las funciones legales de los Estados;
11. el no respeto del principio de precaución;
12. las negligencias graves que han dado lugar a la muerte de miles de personas.⁵⁵

⁵⁴ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 258.

⁵⁵ CETIM, *Sociedades transnacionales y derechos humanos*, 4.

Alejandro Teitelbaum en su obra titulada “Al margen de la ley: sociedades transnacionales y derechos humanos”, hace una caracterización bastante completa y exhaustiva de lo que él denomina “efectos” de las actividades de las empresas transnacionales sobre los derechos humanos, efectos que bien pueden caracterizarse, sea como abusos o en casos más graves como violaciones de los derechos humanos. Detalla en un primer momento las violaciones referidas al derecho al trabajo. Para el autor el derecho se cumple en dos momentos el primero, cuando se cuenta con una ocupación pagada, y el segundo cuando se cumplen condiciones dignas en el trabajo, condiciones de las que devienen una cantidad de derechos conexos.⁵⁶ En su opinión, las empresas transnacionales en este sentido tienen efectos o impactos negativos. Respalda esta afirmación en una serie de ejemplos de empresas cuya política de relocalización en búsqueda de mano de obra más barata y condiciones más favorables, o si se quiere, menos rigurosas, ha provocado el despido de miles de trabajadores y la pérdida de iguales puestos de trabajo. También en esta línea resalta el caso de la empresa fabricante de automóviles Renault, en cuya planta cerca de Paris en 2007, se produjeron tres suicidios de empleados debido a la presión por el diseño de nuevos vehículos que pudieran aumentar la venta de la compañía.⁵⁷

En el mismo ámbito de los derechos laborales, se destaca la existencia de una “cuasi esclavitud moderna” por casos denunciados por ejemplo en Myanmar, país en el que tres empresas transnacionales, una estadounidense, una británica y una francesa han recurrido a mano de obra esclava para la construcción de oleoductos, esto gracias al régimen dictatorial de dicho país que les ha dado las mejores condiciones a estas empresas.⁵⁸

Para este mismo autor, el control que las empresas transnacionales ejercen sobre la comunicación, la información y el entretenimiento también podría considerarse una violación al derecho humano asociado al derecho a la comunicación, expresión e información. Denuncia la existencia de oligopolios de la información, ya que nueve empresas acaparan casi toda la información mundial, y dictan a través de su programación sobre lo que las personas deben pensar, consumir, hacer con su tiempo, etc. Estas grandes cadenas televisivas están casi siempre conectadas con otras empresas transnacionales, por

⁵⁶ Alejandro Teitelbaum, *Al margen de la ley: sociedades transnacionales y derechos humanos* (Bogotá: ILSA, 2007), 62.

⁵⁷ Teitelbaum, *Al margen de la ley*, 74.

⁵⁸ *Ibíd.*, 80.

ejemplo, General Electric, que además de aparatos electrónicos, produce piezas para la industria bélica, es propietaria de la NBC y otras cadenas de televisión.⁵⁹ Así los grandes intereses económicos influyen en las personas a través de los medios de comunicación alrededor de todo el globo terráqueo.

La corrupción es otro de los males que aqueja gravemente, no solo al Ecuador, sino a todo el mundo, y está fuertemente ligado a las empresas transnacionales. Sus consecuencias económicas, sociales y políticas suelen ser negativas para los Estados, y por aquello, Teitelbaum las denomina “criminalidades financieras”⁶⁰. Aquí se destaca casos como el de General Electric que en 1997 fue condenada en Egipto, a pagar una multa de 25 millones de dólares por corrupción.⁶¹ O incluso uno más reciente y público, la red de corrupción en Latinoamérica de la firma constructora Odebrecht, cuyos tentáculos de corrupción llegaron a casi todos los países y provocaron renuncias de mandatorios, y prisión de varios otros. La corrupción a través del pago de coimas y de favores a políticos y tomadores de decisión suele por lo general conseguir condiciones más favorables, prebendas, ventajas, canonjías y demás para las empresas corruptoras, todo lo cual, sin lugar a duda, implica la violación de derechos, no solamente para otras empresas que juegan bajo las reglas de juego, sino para los ciudadanos que pueden verse perjudicados por tales decisiones.

Finalmente, las violaciones a los derechos humanos se registran y denuncian en todas las latitudes del mundo, tal como registra un artículo de Diario El Comercio, en el que se señala que Mitsubishi Electric, una conocida empresa transnacional japonesa, estaba siendo investigada por las autoridades, ya que se consideraba a la empresa sospechosa por forzar a un empleado a trabajar jornadas excesivas, por lo que desarrolló una enfermedad mental y fue despedido.⁶² Las violaciones a los derechos humanos tal como han sido descritas son un tema persistente y de alcance global.

En el Ecuador, también se han presentado violaciones de los derechos humanos de las ETN, especialmente de empresas mineras y petroleras, violaciones referidas en particular a: los derechos laborales, el derecho a la salud, afectaciones al medio ambiente,

⁵⁹ *Ibíd.*, 82-3.

⁶⁰ *Ibíd.*, 91.

⁶¹ *Ibíd.*, 94.

⁶² El Comercio, “Mitsubishi Electric investigada por nuevo caso de exceso de Trabajo en Japón”, *El Comercio*, 10 de enero de 2017, https://www.elcomercio.com/app_public.php/actualidad/investigacion-mitsubishielectric-exceso-japon.html

entre otras. Aquí se recogen algunas de estas violaciones para ejemplificar de mejor manera la caracterización propuesta.

En el período 2009-2017, China se convirtió rápidamente en el primer financista no solamente del Ecuador, sino de toda América Latina, los préstamos de este país en la región alcanzaron los 145 mil millones de dólares, y de este capital se calcula que el 65% se dirigió a inversiones en la extracción de minerales, petróleo y gas.⁶³ En el caso del Ecuador los créditos se cuantifican en 12.490 millones de dólares⁶⁴ y se destinaron para varios proyectos de los sectores estratégicos, que fueron precisamente construidos por empresas chinas. Eduardo Gudynas señala con precisión que en el Ecuador los sectores extractivos tienen un enorme peso económico, ya que las materias primas representan entre el 88% y el 94% de todas las exportaciones del país. Es decir, el Ecuador podría considerarse “hiperextractivista”, ya que sus exportaciones son en un 90% recursos naturales, especialmente el crudo.⁶⁵

Según afirman varios estudios, la presencia de las empresas chinas ha significado graves impactos ambientales y sociales, especialmente para poblaciones de la Amazonía ecuatoriana, los que han desembocado en importantes conflictos y violaciones sistemáticas de los derechos humanos.⁶⁶

Los contratos que el Ecuador suscribió con China no solamente se limitan a establecer condiciones, intereses y formas de pago de los préstamos, sino que también establecen el compromiso del país en incluir un porcentaje de trabajadores chinos en los proyectos. En cuanto a la violación de derechos laborales, las denuncias apuntan a que estos trabajadores son traídos al país, alojados y aislados en campamentos totalmente precarios, alimentados según las normas de la empresa, y explotados en jornadas de trabajo extenuantes. Tampoco tienen sindicatos, sus contratos de trabajo son registrados en China, y no se conoce cuánto ganan realmente. De igual forma se ignora si están protegidos por normas de seguridad industrial y de salud.⁶⁷

⁶³ Colectivo sobre Financiamiento e Inversiones Chinas, Derechos Humanos y Ambiente (CICDHA), “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 2008, pág. 9, <http://chinaambienteyderechos.lat/wp-content/uploads/2018/10/Informe-Regional.pdf>

⁶⁴ Colectivo sobre Financiamiento e Inversiones Chinas, Derechos Humanos y Ambiente, “Incumplimiento de obligaciones extraterritoriales de la República de China en Ecuador”, accedido 04 de febrero de 2020, http://cdes.org.ec/web/wp-content/uploads/2018/10/Informe-Regional_CICDHA.pdf

⁶⁵ Eduardo Gudynas, *Extractivismos y corrupción. Anatomía de una íntima relación* (Quito: Abya-Yala, 2019), 23.

⁶⁶ CICDHA, “Incumplimiento de obligaciones extraterritoriales”, 1.

⁶⁷ Raúl Harari, *Condiciones de trabajo en las empresas chinas: Ecuador debate* (Quito: FLACSO, 2015), 122-26.

Harari da cuenta también que estas empresas chinas son resistentes a la organización de los trabajadores, son proclives al despido de los dirigentes, y renuentes a la firma de contratos colectivos, están más enfocados en que cumplan sus reglas. Esto lleva a afirmar al autor que “[...]podríamos decir que los estándares aplicados están por debajo de la misma legislación china vigente y que más bien se acercan a las normas que se aplican a los trabajadores migrantes en China y fuera de ellas”.⁶⁸ Lo señalado implica además que los trabajadores chinos no tienen ninguna capacidad de organizarse y por tanto de reclamar o denunciar sus problemas laborales, es decir, parecería que la empresa además de incumplir con la legislación ecuatoriana, presumiblemente estaría violentando los derechos humanos de sus trabajadores.

Estas denuncias se reflejan en los casos de cuatro empresas chinas en Ecuador:

1. Andes Petroleum y Petroriental: se encontró que existía subcontratación, que las tareas más peligrosas eran ejecutadas por indígenas, y que las condiciones de trabajo eran riesgosas y no se observaban protocolos de seguridad y salud ocupacional.
1. En el proyecto hidroeléctrico Toachi Pilatón se produjeron reclamos de los trabajadores ecuatorianos respecto de la alimentación, la ropa de trabajo, los equipos de seguridad, el alojamiento, los servicios médicos, y otros, además del maltrato que sufrían de los supervisores chinos, por lo que se solicitó inclusive la remoción del superintendente del proyecto. Denuncian además pagos irrisorios por utilidades.⁶⁹
2. En el proyecto hidroeléctrico Sopladora, ocurrió un accidente de trabajo en el 2014, en el que fallecieron cuatro trabajadores chinos, antes ya habían tenido tres muertos por accidentes de trabajo.
3. En el proyecto Coca Codo Sinclair, obra emblemática de la matriz energética del gobierno de la Revolución Ciudadana, se han presentado reclamos respecto de la alimentación, el alojamiento, los equipos de seguridad, los campamentos son descritos como hacinados, la comida es deficiente y hay poca atención a los trabajadores. Se habla de cerca de 20 trabajadores fallecidos en los 3 años de operación. La Fiscalía inició una indagación por la presunción de homicidio culposo que fue archivada al considerarse que la

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ CICDHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 19.

causa fue una tragedia natural.⁷⁰ Casi el 30% de la fuerza laboral es china, por lo que los estándares son muy bajos y la fuerza de los reclamos es reducida.⁷¹

En todo el planeta, las condiciones de trabajo en las empresas chinas han sido fuertemente cuestionadas, todos los abusos detallados son bastante comunes en los países donde las empresas chinas operan.⁷²

Pero además de las violaciones de derechos humanos enfocadas en el trabajo que han sido denunciadas, las actividades de las empresas transnacionales chinas en el Ecuador y en la región han traído consigo otras graves afectaciones igual o más notables, especialmente las relacionadas al medio ambiente. Los casos reportados en diversos informes muestran que las empresas chinas y sus subsidiarias han cometido graves violaciones relacionadas a: la perturbación de la posesión ancestral e imprescriptible de los territorios indígenas, y como corolario a esta posesión, el derecho a no ser desplazados arbitrariamente; además se registran violaciones a una vivienda digna y adecuada, a la consulta libre, previa e informada, el derecho legítimo a la protesta social, y el derecho a vivir en un ambiente sano y adecuado para la dignidad humana.⁷³

Estas violaciones que se han denunciado comportarían no solamente la responsabilidad de las empresas transnacionales involucradas, sino del mismo Estado Chino, conforme el marco internacional de derechos humanos vigente. El Colectivo sobre Financiamiento e Inversiones Chinas que ha realizado un estudio muy pormenorizado de los impactos de las inversiones chinas en el país, anota adecuadamente que China al ser signatario de varios instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido por sus siglas PIDESC, puede ser directamente responsable de las acciones u omisiones de las entidades comerciales que tienen su matriz en su territorio, o en su defecto que pertenecen al Estado. Así recuerdan que:

[...] si una empresa comercial está controlada por el Estado o sus actos pueden atribuirse de otra manera al Estado, un abuso de derechos humanos por parte de la empresa comercial puede implicar una violación de la propia obligación de ley internacional del Estado.⁷⁴

Las violaciones denunciadas no solamente que han llamado la atención de la opinión pública, sino también de los organismos internacionales. En el Examen Periódico

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Harari, *Condiciones de trabajo en las empresas chinas*, 124-25.

⁷² *Ibíd.*, 115-22.

⁷³ CICDHA, "Incumplimiento de obligaciones extraterritoriales", 17.

⁷⁴ *Ibíd.*, 6.

Universal (EPU) que se realizó a Ecuador en el 2017, y en la revisión del Comité para Eliminar la Discriminación Racial (CERD), se hicieron repetidas recomendaciones, entre otras cosas, sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de las poblaciones afectadas por los proyectos mineros e hidrocarburíferos, y los desalojos de las comunidades y sus efectos. En opinión del Comité, el Ecuador debe cumplir con su obligación de garantizar una consulta efectiva en los términos descritos para así obtener un consentimiento no viciado de los pueblos afectados, lo que, en muchos de los proyectos mineros y petroleros llevados a cabo por empresas chinas, no ha ocurrido.⁷⁵

CICDHA ha concluido que las violaciones de derechos humanos provocadas por las empresas chinas “[...]no constituyen hechos aislados, sino que demuestran un patrón de comportamiento recurrente [...]”.⁷⁶ Este comportamiento de las empresas demostraría un irrespeto por los derechos humanos; una falta de rendición de cuentas; el cometimiento de abusos y faltas con pleno conocimiento de causa; la ausencia de monitoreo, auditoría, y debida diligencia en derechos humanos, y finalmente una falta de medidas para cumplir con las obligaciones extraterritoriales del Estado Chino en virtud de los compromisos que ha asumido con la adhesión al PIDESC.⁷⁷

Todo lo señalado demuestra, en resumidas cuentas, que las empresas transnacionales chinas aparentemente han violado los derechos humanos de cientos de ciudadanos ecuatorianos y chinos, con la anuencia del Estado ecuatoriano que poco o nada hizo para prevenir o detener las violaciones, y más bien parece haber dado una patente de corso para que las empresas incumplan con las leyes del Ecuador y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El segundo caso de violación de derechos humanos es el caso petrolero. Y en este ámbito merece especial atención, el caso de la petrolera Chevron Texaco que se destaca como uno de los episodios de violación de derechos más denunciado del país y quizás de la región. La compañía petrolera Texaco, una empresa transnacional norteamericana que operó en Ecuador durante los años de 1964 y 1990 y que posteriormente fue adquirida por Chevron, convirtiéndose en el Consorcio Chevron Texaco, explotó varios campos petroleros en las provincias de Sucumbíos y Orellana, y produjo en criterio de muchos,

⁷⁵ *Ibíd.*, 17.

⁷⁶ CICDHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 20.

⁷⁷ *Ibíd.*

graves afectaciones al medio ambiente y a los derechos humanos.^{78 79} La política de los gobiernos de la época buscaba que la región amazónica del Ecuador fuera descubierta y civilizada o colonizada, lo que claramente reñía con el derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas a conservar su forma de vida, especialmente basada en su armonía con la naturaleza con la que tienen una relación simbiótica particular. Obviamente esto trajo consigo una serie de afectaciones, e inclusive según se afirma hasta la desaparición de ciertas etnias, lo que bien podría calificarse como un etnocidio.⁸⁰

Texaco arrojó 16 mil millones de galones de agua de formación (que es un agua tóxica que resulta de la extracción del crudo) a los ríos, y esteros de la zona. Vertió además intencionalmente 650.000 barriles de crudo en el suelo y en las vías, y construyó 880 fosas donde se depositó crudo y desechos, sin ningún tipo de recubrimiento o aislante, anti técnicamente, y en procura de ahorrar recursos.⁸¹

Esta última práctica que no fue aprobada por ninguna dependencia estatal, y que no era usada tampoco en ninguna parte del mundo, fue utilizada para ahorrar recursos, a sabiendas de que la acción era irresponsable, y no por desconocimiento o falta de tecnología adecuada. La tecnología se utilizó bajo el criterio de mínima inversión y máxima ganancia, que le permitieron a la empresa ahorrar un estimado de 4.000 millones de dólares.⁸² Se calculan ganancias anuales que triplicaban el PIB del país a la época, mientras que, en el otro lado de la moneda, se asegura que la empresa no tomó medidas para proteger el medio ambiente.⁸³ Se han ubicado 356 pozos con piscinas y las 880 fosas mencionadas, que provocaron un alto nivel de toxicidad en el suelo y el agua, tal como indican los más de 80.000 análisis realizados.^{84 85}

La contaminación también se dio en el aire, cuando Texaco instaló mecheros que se utilizan para quemar el gas que aflora en la explotación del petróleo, mecheros que no

⁷⁸ Unión de afectados y afectadas por las operaciones petroleras de Texaco UDAPT, “Juicio contra Chevron Texaco”, accedido 24 de junio 2019, http://ezkerraberi.eus/uploads/erab_1/2015/05/1431416207Resumen%20caso%20actualizado%20del%20caso%20Chevron%20Texaco.pdf.

⁷⁹ Kathia Martin Chenut y Camila Perruso, “El caso Chevron Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales”, en *Derechos Humanos y empresas: reflexiones desde América Latina* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017), 355.

⁸⁰ *Ibíd.*, 356.

⁸¹ UDAPT, *Juicio contra Chevron Texaco*, 1.

⁸² Luis Yanza, “El juicio a Chevron Texaco. Las apuestas para el Ecuador” en *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*, coord. Guillaume Fontaine (Quito: FLACSO, 2004), 37.

⁸³ Chris Jochnick, “¿Qué implicaciones tiene la sentencia contra Chevron por \$18 mil millones de dólares?”, en *Empresas y Derechos Humanos, una relación compleja*, Revista de la Fundación para el debido proceso (Washington DC: Fundación para el debido proceso, 2011), 46.

⁸⁴ UDAPT, *Juicio contra Chevron Texaco*, 10.

⁸⁵ Martin Chenut y Perruso, *El Caso Chevron Texaco*, 356.

funcionaban en toda su capacidad, provocando que gran parte del gas se esparciera por la zona, lo que provocaba “olores insoportables” que causaban mareos, vómitos, dolores de cabeza y un sinnúmero de malestares a los pobladores. También se producía un fenómeno que se conoce como la lluvia de hollín que caía en el agua lluvia que los pobladores recogían para su uso, debido a la fuerte contaminación de ríos y esteros.⁸⁶

Todos estos hechos han causado enormes impactos en la salud de las personas, tal como recoge un estudio de la Unión de Afectados por Texaco y de Carlos Beristain y otros, quienes han puesto de manifiesto que las personas que viven en las provincias de Orellana y Sucumbíos tienen tres veces más cáncer que el resto del país, y esta cifra sube en proporción de 6 a 1 si se la compara con la misma zona que no ha sido expuesta a la contaminación. Se registra mayor incidencia “de cáncer de estómago, del sistema hematopoyético y retículo endotelial, cuello uterino, piel y ganglios linfáticos”.⁸⁷ Sus habitantes tienen la probabilidad de contraer cáncer 130 veces más que los habitantes de Quito, ya que el consumo de agua con alto contenido de hidrocarburos provoca este tipo de enfermedades.⁸⁸ El total de afectados directa e indirectamente por las operaciones de Texaco ascienden a cerca de 30.000 personas.⁸⁹

Por otro lado, también existen importantes impactos sociales y culturales provocados por Texaco, las cinco nacionalidades indígenas que vivieron en la zona debieron desplazarse de sus territorios ancestrales. Se indica que la intervención de la petrolera provocó la extinción de dos pueblos indígenas ancestrales: los Tetetes y Sansahuari. Los Cofanes, Siona y Siekopai fueron obligados a migrar a otras zonas y están en peligro de extinguirse también. El 94% de la población sufrió pérdida de animales, cultivos, y demás. Se estima que de cerca de 4 hectáreas que cada familia poseía, al menos 2.6 de estas han sido gravemente afectadas. La afectación provocada en la Amazonía ecuatoriana por Texaco es incalculable, aunque las cifras más conservadoras se acercan a decir que hay unas 450.000 mil hectáreas que están afectadas.⁹⁰

A pesar de esta serie de violaciones, que fueron denunciadas en el país a las autoridades competentes de la época, y lejos de hacer responsable a la empresa por los daños provocados, el Estado ecuatoriano, debido a la inestabilidad política vivida en la época y a las influencias de esta poderosa empresa transnacional, suscribió un acuerdo

⁸⁶ UDAPT, *Juicio contra Chevron Texaco*, 11.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Yanza, “El juicio a Chevron Texaco”, 38.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ UDAPT, *Juicio contra Chevron Texaco*, 1.

con Texaco, que finalmente se cristalizó en 1998 y que establecía la remediación ambiental de la zona, y la reparación de los daños irrogados en las poblaciones indígenas, a cambio de dejar indemne a la empresa de responsabilidad jurídica alguna. La empresa supuestamente remedió los daños provocados y por eso fue finalmente eximida de responsabilidad. El acuerdo se firmó sin contar con la participación de las poblaciones indígenas, que ya para la fecha, y bajo el amparo de la Constitución de 1998 tenían el derecho a participar en este tipo de decisiones.⁹¹

Estos severos daños ambientales y socio económicos, sumados a la falta de acción efectiva del gobierno ecuatoriano, motivaron a los pobladores indígenas amazónicos, campesinos, colonos y demás afectados a demandar a Chevron, el 3 de noviembre de 1993 en las Cortes norteamericanas y 10 años después en las cortes ecuatorianas. Fueron cerca de 30.000 ecuatorianos amazónicos los que se unieron a esta cuantiosa demanda. En 1993, 15 colonos e indígenas presentaron mediante una acción de clase una demanda en contra de la petrolera en la Corte del Distrito Sur de Nueva York, acusándola de “haber contaminado el ambiente y afectado a la salud de la gente debido al uso de tecnología barata y obsoleta durante la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana”.⁹²

La Corte de Nueva York, debido a las presiones de la empresa petrolera resolvió enviar el caso a la jurisdicción del Ecuador, y los demandantes decidieron continuar con la acción en el país, presentando la demanda en la Corte de Nueva Loja en el año 2003.

En el año 2011, la Corte Provincial de Sucumbíos sentenció a la petrolera al pago de nueve mil quinientos millones de dólares para ser empleados en la reparación del daño ambiental, la instalación de sistemas de agua y de salud para la zona. La Corte consideró que al momento en que Chevron ejerció su actividad en el país, “toda forma de contaminación ambiental era una violación a la ley”⁹³ Argumentando que a pesar de que a la fecha en que se dieron los eventos en el Ecuador, no existía una ley ambiental, o reglas para la explotación petrolera, esto no podía entenderse como una autorización para ejecutar actos que provocaran daños.⁹⁴

Posteriormente Chevron interpuso un recurso de revisión ante la Corte Nacional de Justicia, y la Corte decidió retirar los cargos punitivos, pero ratificar el monto inicial de más de nueve mil millones de dólares.⁹⁵

⁹¹ Martin Chenut y Perruso, *El Caso Chevron Texaco*, 357.

⁹² *Ibíd.*, 358.

⁹³ *Ibíd.*, 360.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

Chevron Texaco ha utilizado las más diversas acciones y estrategias para evitar el pago, retirando sus activos del Ecuador, evitando que en otras jurisdicciones se ejecute la sentencia, descalificando a la justicia del Ecuador y a los demandantes, e inclusive usando argumentos poco creíbles como por ejemplo que el petróleo es inocuo y no causa efectos negativos en la salud. Además, dentro del juicio la empresa señaló que siempre utilizó la mejor tecnología disponible en aquellos años, que en la época que operó en Ecuador no existían leyes que protejan el ambiente en el país, que el Estado liberó a Texaco de toda responsabilidad con el acuerdo firmado, etc.⁹⁶

A través de presión política al Ecuador, lobby en el gobierno norteamericano, ataque al sistema judicial ecuatoriano y al equipo técnico jurídico de los demandantes, ha pretendido, y aún pretende desconocer la sentencia y evitar el pago de la millonaria indemnización a los pobladores afectados de la Amazonía ecuatoriana, aun cuando en el país se demostró hasta la saciedad el enorme daño ambiental y social que causó la empresa durante sus operaciones.

Para Eduardo Gudynas en este caso también ha existido corrupción, tráfico de influencias, obstrucción de la justicia, y negociaciones secretas entre la empresa y el gobierno que ocultaron los severos daños ambientales.⁹⁷ Yanza afirma que Edgar Terán quien se desempeñaba como embajador del Ecuador en Estados Unidos durante del gobierno de Sixto Durán Ballén, mantuvo siempre una posición favorable a los intereses de Texaco, lo que denotaría una posible complicidad de varios gobiernos del país con la empresa transnacional.⁹⁸ El caso muestra en criterio de algunos, un patrón amplio de impunidad corporativa, aupado por un gobierno “[...]obsecuente, autoridades regulatorias débiles, un Poder Judicial ineficaz y una empresa petrolera estatal cómplice [...]”⁹⁹

Las actividades de Texaco afectaron gravemente al país, especialmente a las poblaciones más vulnerables, las nacionalidades y pueblos indígenas que sufrieron el embate de esta megacorporación transnacional, que ha causado no solamente un daño al Ecuador, sino al planeta tierra, al haber degradado el ambiente de la amazonia, pulmón del mundo.

⁹⁶ *Ibíd.*, 8.

⁹⁷ Gudynas, *Extractivismos y corrupción*, 55.

⁹⁸ Yanza, “El juicio a Chevron Texaco”, 38.

⁹⁹ Jochnick, “¿Qué implicaciones tiene la sentencia contra Chevron?”, 47.

Tal como se desprende de los párrafos precedentes, se verifica que los impactos de las empresas transnacionales son especialmente visibles en las industrias extractivas, ya que sus efectos tienen el potencial de afectar a más personas que otras industrias, y además pueden involucrar al medio ambiente, que es finalmente el ecosistema, no solo de los afectados – que llegan a tener con él una relación de simbiosis plena como ya se ha mencionado- sino de todos. Eduardo Gudynas detalla con precisión que en muchos de los emprendimientos extractivistas que él denomina de “tercera y cuarta “generación, “[...]se ha constatado un uso sistemático de la violencia para imponerse sobre las comunidades locales, y por ello se cae en repetidas violaciones de los derechos [...]”¹⁰⁰ El autor señala que las violaciones en este marco van desde la limitación en el acceso a la información, o a la participación ciudadana y llegan al extremo “[...] de asesinar líderes locales”.¹⁰¹

Los crímenes que él denuncia aparecen generalmente en conflictos de zonas mineras o petroleras, pero en el intermedio existen varias conculcaciones de los derechos humanos, violaciones sobre la calidad de vida, el ambiente de trabajo, la salud, etc., y estas violaciones se ven repetidamente en sitios cercanos a los extractivistas.¹⁰² El Estado y la sociedad tienen una tolerancia a estas violaciones, el primero porque además de ocultar su propia incompetencia, no quiere afectar la inversión extranjera de las empresas transnacionales, y la segunda, ya que la mayor parte de los afectados son indígenas, y el patrón de exclusión y discriminación sigue estando presente, por lo que al considerarlos “ciudadanos de segunda”, la violación de sus derechos no importa.¹⁰³

3. El debate sobre la necesidad de responsabilizar a las empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos en el concierto internacional

En 1973 la ONU creó la Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales, que tuvo un primer intento fallido de establecer pautas para el desarrollo de las ETN en dos campos específicos, el social y el ambiental, preparó el llamado *Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Transnacionales* que fue descartado por el órgano que agrupa a las naciones del mundo. Posteriormente, en 1976 la Organización

¹⁰⁰ Gudynas, *Extractivismos y corrupción*, 155.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*, 156.

¹⁰³ *Ibíd.*, 156-7

para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE)¹⁰⁴ acogió unas Directrices para Empresas Multinacionales.

En 1977 se habló por vez primera y de manera explícita sobre los derechos laborales, considerados como derechos humanos en el catálogo universal de derechos humanos, a través de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales que adoptó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), un instrumento que a pesar de no ser jurídicamente vinculante estableció un mecanismo a con el cual los grupos de la sociedad civil pueden presentar reclamos ante el abuso empresarial.¹⁰⁵

Sin embargo, ninguno de estos instrumentos revestía la obligatoriedad que se requiere para lograr que las ETN respeten los derechos humanos. De allí que la discusión a estos niveles quedó agotada por algún tiempo más, sobre todo debido a la falta de voluntad de las naciones más poderosas e importantes, que son precisamente donde se encuentran las casas matrices de la mayoría de ETN en el mundo.

En 1999 el Secretario General de la ONU, Kofi Annan propuso la creación del Pacto Mundial, como un instrumento de las Naciones Unidas para promover el diálogo social, buscando la creación de una ciudadanía corporativa global, que permita conciliar los intereses de las empresas, con los valores y demandas de la sociedad civil sobre la base de 10 principios relacionados con los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la corrupción. Esta iniciativa tuvo gran acogida entre las empresas a nivel mundial, sin embargo, ha sido criticada por no tener ningún carácter vinculante.

El trabajo realizado por la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, en 1997 es el que realmente da pasos certeros hacia la discusión de normas de carácter vinculante. Los expertos independientes de esta subcomisión llevaron a cabo consultas y estudios que contribuyeron en la redacción de lo que se denominaron las “Normas sobre derechos humanos para empresas transnacionales”. El jurista Carlos López señala que estas normas contemplaban algunos elementos que son importantes resaltar:

- i) las empresas tienen responsabilidades en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, que se aplican en forma universal y cubren una amplia gama de derechos, ii) los gobiernos deben actuar para proteger a las personas de los abusos

¹⁰⁴ OCDE es un organismo fundado en 1961 que agrupa a 34 países miembros cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

¹⁰⁵ Patricia Feeney, “Empresas y derechos humanos: la lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia”, *SUR* 6, n.º 11 (2009): 179, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24915.pdf>.

cometidos por las empresas y iii) debe establecerse un sistema internacional que verifique el cumplimiento de estas normas por parte de las empresas.¹⁰⁶

Considerando que el proyecto contenía normas que establecían obligaciones jurídicas internacionales para las empresas, la mayoría de los gobiernos y las ETN se opusieron a su aprobación y posterior vigencia.

Por aquello, en el 2005 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (hoy consejo de Derechos Humanos) nombró un experto independiente para que estudie las normas aplicables a las empresas y posteriormente emita recomendaciones acerca de estas. Jhon Ruggie quien se desempeña como profesor de ciencias políticas en la Universidad de Harvard, y como asesor de Kofi Annan para la elaboración del Pacto Mundial y las Metas del Milenio, fue nombrado como el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. En 2011 luego de un mandato de 6 años, presentó su informe final al Secretario General, el mismo que se constituye en el marco conceptual y político de Ruggie denominado “Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos”, el que contiene elementos conceptuales y políticos que definen la hoja de ruta y la perspectiva de las Naciones Unidas en esta cuestión.

Este informe de Ruggie empieza por constatar que existen vacíos en la gobernabilidad mundial- y en la legislación mundial también- que crean un entorno permisivo para las empresas transnacionales, que se traduce al final del día en abusos que pueden constituirse inclusive en violaciones a los derechos humanos. Estas lagunas de gobernabilidad serían creadas justamente por el proceso de globalización, y han surgido por el alcance y fuerza de los actores económicos preponderantes como las ETN. Estos vacíos se reflejan en que mientras las protecciones a las empresas transnacionales han crecido significativamente en los últimos años (se calculan cerca de 2500 tratados bilaterales de protección de las inversiones) las herramientas de las que disponen los Estados para proteger los derechos de sus ciudadanos siguen siendo las mismas o hasta menos que hace algunos años.¹⁰⁷

El marco jurídico aplicable a las empresas en este sentido sigue siendo el mismo, esta separación de la que se ha hablado, que no permite que las empresas matrices se

¹⁰⁶ Carlos López, “Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional” en *Empresas y Derechos Humanos una relación compleja*, Revista de la Fundación para el debido proceso (Washington DC: Fundación para el debido proceso, 2011), 7.

¹⁰⁷ *Ibíd.*,8.

hagan responsables por los actos de sus filiales o sucursales, al ser dos personas jurídicas distintas y sometidas a diversas legislaciones, imposibilita la efectiva atribución de responsabilidad a las ETN, aun cuando en muchos de los casos, estos actos son conocidos y aprobados por las casas matrices de las empresas transnacionales.

El informe del profesor Ruggie finalmente concluyó sobre tres importantes directrices para la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos:

1) Que los Estados tienen la obligación jurídica de brindar protección contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas, mediante políticas, regulación y sistemas de exigibilidad adecuados; 2) Que las empresas tienen la responsabilidad (social) de respetar todos los derechos humanos, lo que el Representante Especial definió como algo que en esencia implica no abusar de los derechos humanos; 3) La necesidad de otorgar a las víctimas un mayor acceso a recursos efectivos para proteger sus derechos.¹⁰⁸

Esto que señala Ruggie es fundamental para comprender el alcance de su trabajo, el que no estuvo exento de críticas por la hasta cierta medida “compasión” que tuvo con las ETN a la hora de atribuirles sus verdaderas responsabilidades. El experto indica que los Estados tienen la obligación jurídica de brindar protección contra las violaciones a los derechos humanos por parte de terceros¹⁰⁹, incluidas las empresas, lo que viene siendo una simple deducción de lo que ya está reglado. El marco jurídico de los derechos humanos es claro en señalar y afirmar que los garantes de la protección de los derechos humanos son en efecto los Estados, al ser éstos los signatarios y principales obligados de estos instrumentos internacionales, por lo que es evidente que en ellos recaen las primeras obligaciones en cuanto al respeto y garantía de los derechos; y esto también implica la protección y defensa de los ciudadanos frente a violaciones de derechos humanos que pudieren perpetrar los particulares en general, entre los que se encuentran las empresas y las ETN.

El hecho de que los Estados sean los únicos garantes de los derechos humanos ha sido y es problemático, justamente por violación de derechos por parte de empresas, en los que los Estados no las sancionan, bien por los compromisos que tienen con ellas, o por miedo, y hasta incapacidad. Si los Estados son los únicos llamados a respetar y garantizar los derechos humanos de sus súbditos, qué pasa cuando éstos no actúan para garantizar la protección de esos derechos, y permiten que los particulares, como en este caso las ETN, que son grandes y poderosos actores particulares, violenten los derechos humanos de sus ciudadanos, ¿no hay otra forma de exigir el cumplimiento de estos

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 8.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

derechos?, ¿podría obligarse a las ETN a cumplir directamente estos derechos, y en caso de no hacerlo, de ser sancionados por tal hecho?

Ruggie también señala que las empresas tienen la obligación (social) de respetar todos los derechos humanos, lo que para él implica no abusar de los mismos. Preocupa aquí el alcance que ha de darse a esto de la “obligación (social)” que el relator indica en su informe, el término y el principio deberían ser absolutos, que las ETN tienen la obligación de respetar todos los derechos humanos, y que dicha obligación no es meramente una declaración, un compromiso, o una manera de velar por la responsabilidad social corporativa, sino una obligación efectiva, que debe contar además con un mecanismo de sanción para cuando no se respetan.¹¹⁰

Finalmente, el relator indica que se debe otorgar a las víctimas mayor acceso a recursos efectivos para proteger sus derechos, lo que comportaría en primera instancia solamente una obligación de los Estados de entregar a sus ciudadanos los recursos más efectivos para la protección de derechos, recursos que consagrados en la legislación o en la práctica administrativa puedan viabilizar los reclamos de los ciudadanos. Sin embargo, los recursos efectivos también deben venir consagrados en los instrumentos internacionales pertinentes, es decir, que el tratado de empresas transnacionales y derechos humanos disponga de los recursos más efectivos tanto a nivel local, como mundial para la protección de los derechos humanos.¹¹¹

A pesar de las limitaciones respecto del marco conceptual aquí anotadas, el trabajo del representante especial fue recibido con beneplácito por el Consejo de Derechos Humanos. Así también las organizaciones de derechos humanos mostraron su respaldo a este marco, ya que pensaron sería el punto de partida para ejecutar acciones más concretas y efectivas. Con esto, en marzo del año 2011 quedó concluido el trabajo del Relator Especial, el mismo que fue entregado a los órganos competentes de las Naciones Unidas.

A renglón seguido en junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU resolvió crear un grupo de trabajo con mandatos específicos que giran en torno al trabajo realizado por Ruggie. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos tiene como principal misión la divulgación y aplicación efectiva y global de los principios rectores redactados por el relator especial, además de guiar el foro de empresas y derechos humanos, promover el diálogo con los gobiernos y las empresas, absolver las consultas, y seguir estudiando las posibilidades de brindar mayores recursos

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

efectivos para quienes se vean afectados por las actividades de las empresas transnacionales, entre otros.¹¹²

El Grupo de Trabajo ha venido trabajando desde el año 2011, y aunque los esfuerzos desplegados han sido valiosos, son insuficientes, ya que no han existido avances significativos que demuestren la efectividad de los principios rectores, al verificarse que persisten una serie de violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales, ya que muchas ETN han tomado a los principios rectores como meras recomendaciones, más no, como obligaciones que deban cumplir. Humberto Cantú señala “que la realidad imperante dista mucho de haber sufrido modificaciones significativas tras su adopción”.¹¹³ Para este autor, el papel de los principios ha sido el de reavivar a nivel internacional y consensuar el debate sobre la “ineludible existencia de una responsabilidad en materia de derechos humanos para las empresas”.¹¹⁴

El Grupo de Trabajo tampoco ha trabajado en la construcción de un instrumento internacional jurídico y vinculante, y esto se explica desde el propio mandato del Grupo que nada dispone acerca de esto, lo que ha restringido su labor, a una mera difusión del marco de Ruggie y a las experiencias encontradas.

Esto es lo que motivó a varios países miembros de las Naciones Unidas a realizar una declaración conjunta que derivó en la creación de un grupo intergubernamental que está impulsando actualmente la redacción de un tratado de empresas transnacionales y derechos humanos. Esta iniciativa se concretó a través de la resolución No. 26/9 (14 de julio de 2014) del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que contiene un mandato claro sobre la “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, y que está trabajando en dicho instrumento desde el año 2015.

¹¹² Business & Human Rights Resource Center, “Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos: establecimiento y mandato del grupo”, accedido el 15 de noviembre de 2016, <https://business-humanrights.org/es/grupo-de-trabajo-de-las-naciones-unidas-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos-establecimiento-y-mandato-del-grupo-de-trabajo>.

¹¹³ Humberto Cantú Rivera, “Evaluando los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos a dos años de su adopción”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 3 (2013):167, <http://www.revistaidh.org>.

¹¹⁴ *Ibíd.*

Capítulo segundo

La responsabilidad de las empresas transnacionales

Habiendo establecido en el primer capítulo que las empresas transnacionales sí tienen el potencial de abusar o violentar los derechos humanos por sus conductas dañosas, la pregunta central de este capítulo es si dichas empresas son o no responsables por las violaciones tanto en el concierto internacional, como en el propio país. De allí que el capítulo segundo explora los marcos de actuación y responsabilidad internacional y nacional de las empresas transnacionales y pretende ubicar las normas más importantes del Ecuador que regulan las actividades de las empresas y en particular las empresas transnacionales. En cuanto al marco jurídico internacional se analiza el impacto que tiene la *lex Mercatoria* o derecho comercial global en el goce y disfrute de los derechos humanos. También se efectúa un acercamiento a las nociones de responsabilidad internacional de las personas jurídicas y la tensión de la soberanía nacional sobre los marcos de protección y responsabilidad de las empresas transnacionales y frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El objetivo es escudriñar el complejo entramado legal internacional y nacional para reafirmar el principio de responsabilidad de las personas jurídicas o empresas transnacionales. En la conclusión de este capítulo se realiza un análisis de posibles violaciones a los derechos humanos por parte de una empresa transnacional en el Ecuador en el contexto actual del país.

1. Marco jurídico internacional de actuación y responsabilidad de las empresas transnacionales

La particularidad de las empresas transnacionales radica en su superación de los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto en su establecimiento y organización, como en sus actividades. Estas empresas han dejado su *corporeidad fabril* para transformarse en un conjunto de contratos organizados y entrelazados entre sí, que lejos de restarles poder, lo ha incrementado. Su estructura jurídica es bastante compleja, ya que operan en distintas realidades jurídicas y en infinidad de lagunas y vacíos legales, de las cuales se aprovechan para ocultar sus potencialmente dañosas actividades y evitar sanciones por ellas. Al referirse a esta corporeidad fabril, Garmendia y Sanguinetti, hablan del abandono de la empresa tradicional: vertical, jerarquizada y donde existe una división del trabajo intraempresarial, por la adopción de una organización interempresarial, mediante la creación de lazos con colaboradores externos que asumen volumen operativo, reduciendo la carga

laboral.¹¹⁵ Esto implica comparar una gran fábrica con un proceso de producción centralizado y complejo, y una empresa con una organización horizontal y simplificada, con procesos desconcentrados en varias empresas colaboradoras.

En estas empresas transnacionales la estructura de toma de decisiones es también compleja, ya que muchas importantes decisiones trascienden las esferas locales y se adoptan en la matriz o cabeza de la corporación. Las prácticas medioambientales, laborales, la localización en otros países, entre otras, son decisiones que se toman en los centros de poder de estas megacorporaciones.¹¹⁶

La superación de los marcos nacionales de las ETN se da principal y precisamente a través del derecho comercial global o *lex mercatoria*, que es la forma más antigua de internacionalización de las normas, expresada en el derecho mercantil, que surgió debido al creciente auge del comercio entre naciones, y como respuesta frente a los arcaicos sistemas jurídicos de los países, que configuraron un derecho supranacional o transnacional que superó las fronteras para adaptarse a las nuevas condiciones de la economía y del intercambio de bienes. Esto se tradujo en un inicio en costumbres, que con el paso del tiempo se convirtieron en esta *lex mercatoria* que tomó fuerza y protagonismo con el advenimiento del neoliberalismo. Estas costumbres tuvieron la necesidad de adaptarse a los derechos nacionales, pero para protegerse de estos fueron construyendo un Derecho Internacional Privado al margen del Derecho Internacional Público o de los Estados.¹¹⁷ Los usos comerciales internacionales, los contratos tipo y las condiciones generales son la fuente típica de este derecho que se ha producido autónomamente y que se desenvuelve en el tráfico empresarial internacional.¹¹⁸

Fernández explica que los comerciantes en el contexto del tráfico internacional de bienes y servicios, y en afán de hacer más eficaces sus transacciones, han alcanzado sus propias soluciones que se han expresado en un marco institucional propio, que parte de la idea de que es el mercado “el mecanismo donde se asignan los recursos de manera más eficiente.”¹¹⁹

¹¹⁵ Wilfrido Sanguinetti, “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas transnacionales”, 7 de agosto de 2008, 6 <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/08/la-tutela-de-los-derechos1.pdf>.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 297-300.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 52-53.

¹¹⁸ José Carlos Fernández, *Un nuevo mundo jurídico: la lex mercatoria en América Latina* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México 2015), 95.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 97.

La *lex mercatoria* dado su desarrollo convencional- costumbrista tiene rasgos propios como la espontaneidad, la extraterritorialidad, la independencia y el arbitraje, y genera un conjunto de reglas de comportamiento

[...]y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se forman de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción común de su carácter vinculante.¹²⁰

A este conjunto de reglas que se encuentra compuesto por varios principios generales del Derecho, los tratados internacionales, las costumbres, los usos, los contratos, los laudos arbitrales y otros, se denomina en su concepción moderna como *Derecho Comercial Global*.

Los dos actores principales en el concierto internacional, de la expansión y fortalecimiento de este derecho comercial global, han sido sin duda alguna, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Fondo Monetario Internacional (FMI). Las ETN en su esfuerzo por ampliar sus negocios han impulsado la adopción de diversos acuerdos que refuerzan los asuntos ya planteados por la OMC, Gutiérrez denomina a estos acuerdos como OMC Plus y a los otros acuerdos que agregan temas no planteados por la OMC, como los OMC extra.¹²¹

Gutiérrez indica que este conjunto de normas e instituciones conforman un complejo entramado legal “que funge como robusta armadura para blindar los intereses económicos de las grandes compañías transnacionales”¹²² Estas complejas estructuras legales logran someter la voluntad de los Estados a los grandes capitales de las ETN, que compelen a los Estados a alinearse a sus intereses, bajo amenaza de graves sanciones económicas. Es por esto que en la literatura se ha denominado a este marco normativo como la “arquitectura jurídica de la impunidad”.¹²³

En efecto, las empresas transnacionales se encuentran protegidas por este *Derecho Comercial Global*, derecho que además de haber producido importantes impactos y reformas tanto en los derechos nacionales como en el derecho internacional, al parecer tiene mayor importancia e influencia que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹²⁰ *Ibíd.*, 154.

¹²¹ Rodrigo Gutiérrez Rivas, *Poderes Salvajes, Lex Mercatoria y derechos sociales: repensar la Constitución de 1917 a cien años de su promulgación* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017) ,217.

¹²² *Ibíd.*, 216.

¹²³ *Ibíd.*

La globalización ha profundizado la crisis de los sistemas normativos y por ende de sus principios rectores: la seguridad jurídica, la jerarquía normativa, la legalidad, entre otros. La falta de control democrático, y la ausencia de un sistema internacional que tutele los derechos humanos de forma eficaz producen vacíos de legitimidad en el sistema. De ahí que el desbocamiento de los ordenamientos jurídicos internos se constituye como un nuevo principio que afecta directamente a los núcleos esenciales de los ordenamientos jurídicos. Esta afirmación que hace Hernández es además suscrita por Gutiérrez, para quien la desregulación que provoca escasos controles estatales, sumado a esta “arquitectura legal de la impunidad”, es causa de la prevalencia de un marco de violación de los derechos humanos que es constante por parte de las empresas, además de ser un fenómeno en crecimiento.¹²⁴

Lo dicho ha sido documentado por varios actores sociales, de allí que la afectación a los derechos humanos por parte de ciertas empresas pueda ser plenamente corroborado, por ejemplo, a través de un informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que en el documento titulado “Los Derechos Humanos y los Acuerdos Comerciales”¹²⁵, hace un recuento de las normas y políticas mercantiles que pueden afectar el disfrute de los derechos humanos.

La liberalización del comercio de los productos agrícolas tiene la capacidad de generar oportunidades para los países exportadores, generando como corolario plazas de trabajo, crecimiento y desarrollo; sin embargo, los pequeños productores pueden verse enfrentados a mayor competencia con menos capacidad de producción, además avocados a utilizar más tierra y otros recursos, perjudicando al consumo nacional y la seguridad alimentaria de los propios agricultores y de los habitantes del país de origen. “Sin salvaguardias y medidas de transición apropiadas, las normas y políticas mercantiles pueden influir negativamente en el derecho a la alimentación, los derechos de los trabajadores [...]”¹²⁶ reseña enfáticamente el informe.

Otra muestra muy clara de esto que se ha mencionado se evidencia en el desplazamiento de carácter formal que ha supuesto la firma de ciertos contratos petroleros con algunos Estados, en los que las empresas transnacionales extractivas, sustituyen al

¹²⁴ *Ibíd.*, 219.

¹²⁵ ONU Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los Derechos Humanos y los acuerdos comerciales mundiales: las cláusulas de excepción general como medio para proteger los derechos humanos”, 2005, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/WorldTrade_sp.pdf.

¹²⁶ *Ibíd.*, 2.

Estado en sus facultades, con las consiguientes ganancias, que pueden llegar inclusive a ser lesivas, por desmesuradas. Lo mencionado se ejemplifica con las declaraciones de un funcionario de gobierno (gerente general en aquel entonces de Petroecuador) que, en 2017, y en relación con los contratos firmados por el Gobierno de Rafael Correa con empresas chinas y tailandesas por venta anticipada de petróleo, afirmó que: “Claro que sí. Los contratos son lesivos, inadecuados. Y creo que nuestra contraparte está entendiendo esa situación.”¹²⁷. Se refería a que los contratos:

se enmendaron y apareció una fórmula en la que el WTI –que sirve de marcador para calcular el precio del crudo nacional– se calculaba con el precio de dos semanas después a la entrega de crudo. Eso, durante la caída del petróleo fue perjudicial para el país.¹²⁸

Hernández afirma que esto se trata de una privatización, más que de una administrativización en la regulación los derechos de las mayorías sociales.¹²⁹ De esta forma se entrega el control de las reservas naturales a las ETN, quienes adquieren derechos sobre ellas, lo que implica una contractualización asimétrica en desmedro de los Estados. Lo que sucede en la práctica es que estos contratos desplazan a los derechos de las personas y la naturaleza de su núcleo central, privilegiando el derecho de las empresas al lucro.¹³⁰ En la práctica esto se manifiesta cuando en los contratos se omite a propósito contemplar un fuerte régimen de control y sanción por violación de derechos humanos y/o de la naturaleza.

El libre mercado debilita las facultades de los Estados, boicotea sus derechos internos y termina por desarticular las instituciones de control de las que dispone.¹³¹ Esto no es diferente con el derecho internacional de los derechos humanos, cuyas instituciones, principios y actores son debilitados día a día por el derecho comercial global. En opinión de los autores citados por Hernández, lo reprochable, es que los Estados se dedican más a sostener esta lógica mercantil de los agentes económicos, antes que a garantizar los derechos de las mayorías.¹³² Esto se ha podido constatar en el caso ecuatoriano, cuando el Estado permitió que empresas chinas violenten los derechos laborales de sus empleados, por evitar que dichas empresas dejaran de invertir su capital en el país,

¹²⁷ Paul Mena, “Carlos Tejada: Contratos de preventas petroleras son lesivos para el Ecuador”. *El Universo*, 18 de diciembre de 2017.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 147.

¹³⁰ *Ibíd.* 147.

¹³¹ J.F. Sánchez Barrilao, “Sobre la constitución normativa y la globalización”, en *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, Juan Hernández, 149.

¹³² Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 149.

demostrando su preferencia por el capital versus los derechos de sus ciudadanos, los que tiene sin duda alguna, la obligación de proteger.^{133 134}

La capacidad normativa de los Estados se ha desplazado a las organizaciones supranacionales, o a las mismas empresas transnacionales, por lo que han perdido la capacidad de regular y sancionar a los agentes económicos, y, por el contrario, han fomentado la flexibilización de derechos y garantías como los derechos laborales, permitiendo así las desregulaciones y privatizaciones.¹³⁵ Boaventura de Sousa Santos considera que el derecho oficial pierde su centralidad y su estructura al coexistir con otro derecho no oficial dictado por diversos legisladores de hecho, que son en efecto actores de poder.¹³⁶

La fortaleza de este Derecho Comercial Global radica en su consideración de un subsistema normativo internacional, fragmentado y especializado que contaría con una superioridad de facto frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo. Hernández sostiene que la firma y ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos es bastante inferior en cantidad, si se la compara con la firma de los tratados de libre comercio. Para muchos países sería impensable dejar de firmar un tratado de libre comercio con alguna potencia mundial, mientras que la ratificación de los instrumentos de derechos humanos no es si quiera prioridad de sus gobiernos.¹³⁷ Basa esta afirmación en el estudio detallado que ha efectuado sobre la materia, y pone de ejemplo a Nicaragua, un país empobrecido que ha suscrito sendos tratados de libre comercio con varias naciones, y que seguramente ha dejado de suscribir una importante cantidad de instrumentos de la OIT y otros sobre derechos humanos.

Finalmente se debe mencionar que las actuaciones de las empresas están guiadas y desarrolladas en base a este marco jurídico, que más que establecer límites, responsabilidades u obligaciones, establece beneficios, incentivos y prerrogativas para que desplieguen sus actividades a nivel mundial sin mayor control internacional. Estas normativas dispersas han sido emitidas por *legisladores de facto*- es decir legisladores no oficiales como los Estados- legisladores que cuentan entre sus filas a los organismos

¹³³ Plan V “ Ecuador, el más afectado en DDHH por China”, *Plan V*, 15 de octubre de 2018, <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-el-mas-afectado-ddhh-china>.

¹³⁴ Harari, *Condiciones de trabajo en las empresas chinas*, 127.

¹³⁵ *Ibíd.*, 151.

¹³⁶ *Ibíd.*, 144.

¹³⁷ *Ibíd.*, 152.

internacionales como la OMC, o a los centros de arbitraje y de arreglo de disputas tales como el CIADI, y que tienen alto grado de aceptabilidad y aplicabilidad en todas las naciones- como ya se ha ejemplificado-, dado que se trata del derecho del capital o de las inversiones. Componen este marco de actuación internacional de las ETN los siguientes elementos, sin que haya una jerarquización de estos por el orden en el que se presentan:

- Usos y principios internacionales;
- Núcleo duro de la Lex Mercatoria;
- Contratos de inversión y explotación de las empresas transnacionales;
- Normas multilaterales como las de la OMC;
- Normas regionales y bilaterales;
- Normas del FMI y el Banco Mundial
- Laudos arbitrales y Sistema de solución de Diferencias de la OMC o el CIADI, entre otras.¹³⁸

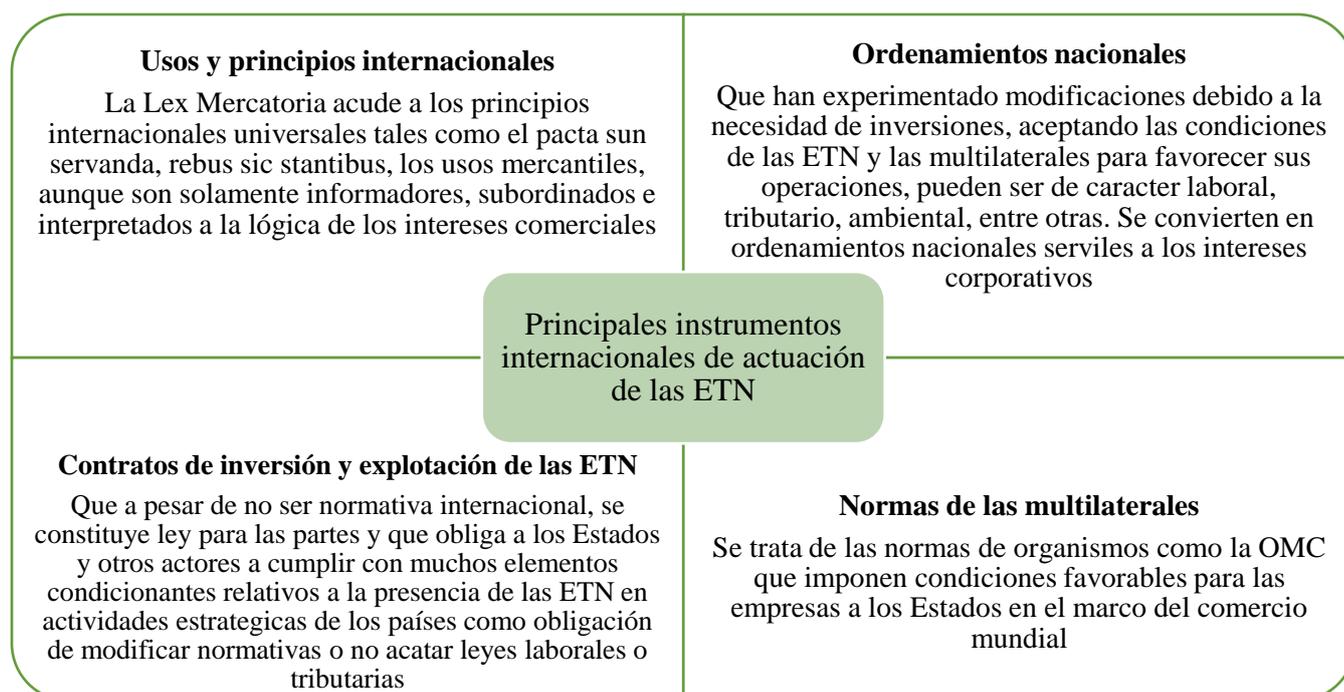


Figura 2: Presenta un detalle de los principales instrumentos internacionales de actuación de las ETN. De elaboración propia en base al detalle brindado por Juan Hernández en *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*.

El siguiente cuadro, a diferencia de la figura dos, presenta otros instrumentos internacionales de actuación de las ETN:

¹³⁸ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 154.

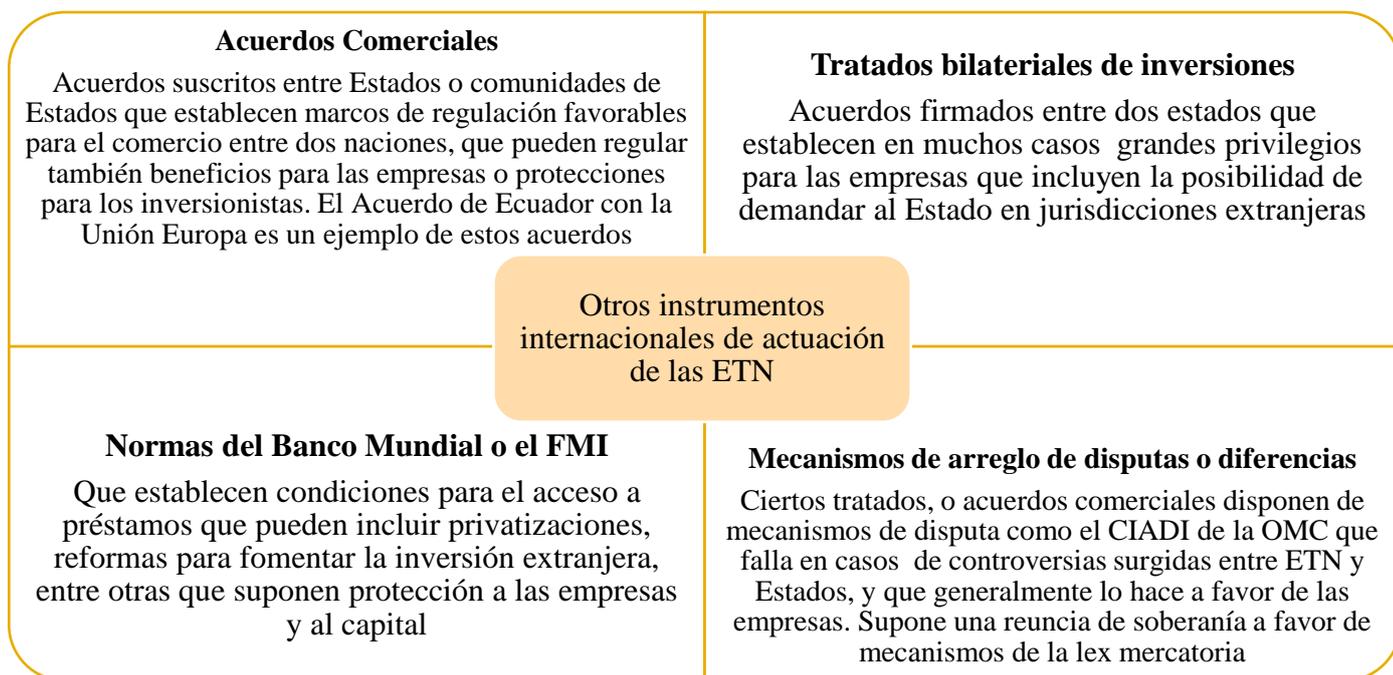


Figura 3: Presenta un detalle de otros instrumentos internacionales de actuación de las ETN. De elaboración propia en base al detalle brindado por Juan Hernández en *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*.

Hernández concluye que las empresas a pesar de todo lo señalado deben tener en cuenta tres cosas básicas sobre sus marcos de responsabilidad y actuación: 1) La globalización económica no puede establecer un marco político y económico al margen del ordenamiento jurídico, de allí que las empresas transnacionales tienen como referente los ordenamientos jurídicos nacional e internacional, más allá de su mayor o menor cumplimiento; 2) Las normas obligan tanto a personas físicas (naturales) como a jurídicas, y su violación por parte de estas personas debe ser sancionada; 3) Las empresas transnacionales son personas jurídicas sujetas a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.¹³⁹

2. La tensión entre la soberanía estatal y las empresas transnacionales

A la luz de lo señalado en líneas anteriores, podría concluirse que los Estados han influenciado frente a los actores supranacionales y a las mismas empresas estatales, esto implicaría una crisis de los Estados vinculada a su propia soberanía, que es importante analizar más detalladamente.

¹³⁹ *Ibíd.*, 297

La crisis de la soberanía estatal tiene ya algo más de 60 años. Se considera que el principio de soberanía de los Estados quedó obsoleto con dos documentos que marcaron hitos importantes en la historia de la humanidad, el primero la Carta de las Naciones Unidas aprobada el 16 de junio de 1945, y el segundo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La soberanía externa del Estado deja de ser lo que en palabras de Ferrajoli era una “libertad absoluta y salvaje”¹⁴⁰ para quedar supeditada a dos normas fundamentales del ordenamiento jurídico internacional: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.

El nacimiento de la Carta de la ONU marca la muerte del viejo paradigma de la soberanía estatal y el nacimiento del nuevo derecho internacional, que sumado a la Declaración Universal de los Derechos y los sucesivos pactos internacionales de derechos humanos elevó estos derechos a la categoría de supraestatales, convirtiéndolos no solo en límites internos, sino también externos a la potestad de los Estados. La soberanía en su dimensión externa siguió entonces los pasos de la interna, perdiendo su fuerza ante un sistema internacional de normas caracterizadas como de *ius cogens*, esto es, como derecho vinculante para los Estados miembros.

El principio de “la paz” que constituye el eje central de su Carta Fundacional convierte al principio de soberanía de los Estados en una soberanía “limitada”, ya que las cuestiones de los derechos humanos y los derechos fundamentales no deben ser incluidas dentro de las limitaciones establecidas por los artículos 2 y 7 de la Carta de las Naciones Unidas, al tratarse de cuestiones que rebasan las fronteras nacionales, además de ser derechos supraestatales, cuya tutela está conferida a órganos jurisdiccionales en el ámbito internacional.¹⁴¹ Sin embargo, el dogma de la soberanía parece estar lejos de haber concluido, ya que la organización de Naciones Unidas sigue estando condicionada, no solamente en la práctica, sino jurídicamente, al principio de soberanía estatal. La propia Carta de la ONU recoge estas limitaciones, especialmente en los artículos 2 y 7, antes mencionados que hablan sobre la prohibición de injerencia de la organización en las cuestiones internas de los Estados.

Pero la realidad es que el Estado nacional se ha vuelto obsoleto. Las nuevas condiciones y problemas del mundo moderno han hecho que los instrumentos jurídicos y

¹⁴⁰ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 2004), 150.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 146.

políticos de los que disponen los Estados sean insuficientes para resolver y enfrentar estos nuevos escenarios. El anacrónico “Estado Soberano” se encuentra en crisis, tanto por arriba como por abajo. Por arriba por la transferencia de competencias en materias financiera, monetaria, asistencial, defensa, etc., a organizaciones supraestatales como la Unión Europea, la ONU, la OTAN, y tantas otras organizaciones internacionales. Por abajo, debido a las tensiones centrifugas, a los procesos de disgregación y al desarrollo de la comunicación internacional.¹⁴²

Después de tres siglos, el derecho internacional parece estar actualizándose, sobre la base de un nuevo derecho internacional centrado en la protección de los derechos humanos, que se fundamenta en la aceptación de que los derechos y la justicia son universales, y que por lo tanto están sobre los Estados, y en consecuencia de su soberanía y autodeterminación. Aquello se traduce en la práctica en que, si algún Estado quiere en base a esa soberanía y autodeterminación decidir la supresión o inobservancia de los derechos humanos y/o fundamentales, eso significaría una transgresión a un derecho supraestatal. Este cambio viene impulsado por la búsqueda de una justicia que corrija dos grandes problemas que enfrenta la humanidad: primero, el creciente aumento de la pobreza y la desigualdad, especialmente en los países más pobres, y segundo las violaciones recurrentes de los derechos humanos de los ciudadanos en muchos Estados.

El profesor Ferrajoli hace una propuesta en este sentido, sobre transformar el actual derecho internacional por un constitucionalismo de derecho internacional.¹⁴³ Para el autor, dada la actual situación de crisis de los Estados, éstos deben reconocer su decadencia, cada vez mayor, y reconducir los aspectos tradicionales del constitucionalismo al plano internacional, no solamente en la consagración de principios- que dicho sea de paso ya están enunciados en Declaraciones, Convenciones y la misma Carta de las Naciones Unidas- sino por sobre todo en la articulación de garantías concretas para la protección de los derechos humanos. Esta es la manera de limitar efectivamente la soberanía de los Estados, mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales internacionales que operen en contra de las violaciones de la paz en el ámbito exterior, y de los derechos humanos en el interior de los Estados. En esa línea Ferrajoli plantea una idea para reformar la actual jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, para que ésta ampliando sus facultades, juzgue las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas transnacionales.

¹⁴² *Ibíd.*, 149.

¹⁴³ *Ibíd.*, 152.

El jurista señala que son cuatro innovaciones suficientes, para darle impulso a la hoy escasamente relevante Corte de Justicia: 1) Una extensión de su competencia, hoy limitada solamente a controversias entre Estados, incluyendo dentro de sus responsabilidades conocer sobre guerras, amenazas de la paz, y violaciones de derechos fundamentales- o humanos; 2) La obligatoriedad de esta jurisdicción de la Corte, que hoy por hoy está subordinada al reconocimiento previo por parte de los Estados; 3) El reconocimiento de legitimación a los particulares- titulares de los derechos fundamentales- que hoy están excluidos en el estatuto de la Corte, ya que es exclusiva para los Estados; 4) La introducción de la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes contra el derecho internacional, aquellos comprendidos en el Estatuto de Roma, más los cometidos en contra del medio ambiente, los derechos humanos, y los que no fueren punibles dentro de los Estados, que deberían quedar codificados en un código penal internacional.¹⁴⁴

En suma, en este nuevo orden, el derecho internacional debe estar fundado necesariamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la dignidad humana, y los derechos que de ella devienen, su protección y garantía deben ser la razón de ser del sistema internacional, por sobre cualquier otro valor o principio, lo que implica superar el principio de soberanía del Estado y dotarle a la comunidad internacional de verdaderas herramientas para cumplir con el mandato de asegurar la paz y velar por el cumplimiento de los derechos humanos.

Sin embargo, se sigue cuestionando el poder de las ETN frente a los Estados y su denodada batalla por la merma de su influencia y control. Hernández cita a Ignacio Ramonet para quien los Estados contemporáneos no tienen los medios necesarios para enfrentarse al mercado, por lo que los derechos sociales de las personas quedan abandonados a la razón competitiva. Esto es para él, el choque entre democracia y capitalismo.¹⁴⁵

Bensaid piensa que los Estados nacionales no desaparecen, aunque se encuentren subordinados al reconocimiento de las instituciones de la gobernanza mundial. Para él la globalización conjuga la expansión espacial del capital a escala mundial con organizaciones territoriales de desigual desarrollo, entre las que se encuentran los

¹⁴⁴Ibíd., 153.

¹⁴⁵ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 82.

Estados. De ahí que las relaciones entre las empresas transnacionales y los Estados estén condicionadas por estas ideas.¹⁴⁶

Al analizar los rasgos más importantes de la crisis de los Estados producida por la globalización, Ibarra indica que el hecho de que no haya mecanismos supranacionales justos supone que los Estados imperiales terminen tomando las decisiones por todas las naciones del mundo, favoreciendo las posiciones de las empresas transnacionales en perjuicio de los derechos sociales de las grandes mayorías.¹⁴⁷

En este sentido, Hernández propone una interesante jerarquización de Estados, jerarquización que se acentúa cada vez más gracias a la globalización, existen cuatro categorías,¹⁴⁸ a saber:

Los Estados imperiales: especialmente Estados Unidos, que refuerzan su poder estableciendo relaciones de dominio sobre otros actores sociales, económicos y políticos. Establecen con las empresas transnacionales relaciones de completa integración.

Otros Estados centrales: especialmente los europeos, que ceden soberanía y por ende su poder, convirtiéndose en facilitadores de los intereses de las empresas transnacionales. La pérdida de competencias es voluntaria y a favor de un órgano supraestatal, y se ceden competencias económicas, financieras, desregulando las sociales y laborales.

Estados periféricos o subordinados: que pierden competencias y capacidad soberana por las imposiciones de los Estados imperiales, las empresas transnacionales, y los órganos internacionales económicos, multilaterales, bilaterales.

Estados fracturados: que son Estados prácticamente desconectados de las relaciones económicas y políticas internacionales, des- institucionalizados, sin soberanía interna y que se encuentran sometidos a la dictadura de las empresas transnacionales- si es que disponen de recursos naturales. Las empresas transnacionales establecen distintos niveles de relaciones con cada uno de estos grupos de Estados, que se pueden agrupar en tal solo dos categorías:

La primera: la relación entre empresas transnacionales y Estados imperiales que establecen vínculos políticos, económicos de reciprocidad y unidireccionales hacia los países periféricos. Los Estados protegen a las transnacionales y éstas colaboran, condicionan, a las élites gobernantes de Estados. Estos Estados imperiales o dominantes

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 83.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

no podrían ser entendidos como tales sin las empresas transnacionales que en ellos se asientan y con los que tienen una relación de dependencia y dominación.

El segundo grupo es tanto más simple, ya que son los países periféricos sobre los que hay una relación de imposición y dominación, por parte de otros Estados y empresas transnacionales.¹⁴⁹

La soberanía de los Estados- como se la conoce- se ha supeditado a la construcción de un mercado mundial y a las guerras entre los Estados imperiales. Los Estados imperiales han diseñado y potenciado instituciones comerciales, financieras y tratados regionales y bilaterales de comercio e inversiones que han posibilitado la supeditación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Comercial Global.

Una muestra clara de lo dicho es que los Estados imperiales permitan que los derechos de las empresas transnacionales se tutelen desde la extraterritorialización, por medio de las normas de la OMC, el FMI, el Banco Mundial, los tratados bilaterales, etc., mientras que los derechos sociales de los y las trabajadoras de dichas empresas transnacionales se reterritorializan hacia la desregulación de los Estados y la debilidad de sus poderes judiciales. El reconocimiento y participación en las instituciones multilaterales implica la obligación de acatar sus mandatos, y por aquello la interferencia de dichas instituciones es muy intensa y limitadora de la soberanía estatal. Las recetas de estas organizaciones generalmente incluyen desregulaciones, privatizaciones, reforma del Estado, y demás políticas que benefician a las empresas transnacionales.

Finalmente, los préstamos que estas instituciones financieras dan a los Estados condicionan a éstos y representan la forma más directa de limitar la soberanía estatal. Estos préstamos toman la forma de contratos que exigen conductas específicas, dirigidos igualmente a realizar ajustes e interferir en políticas económicas internas. Estos contratos en opinión de Hernández son los que mayores reformas neoliberales han producido, afectando gravemente a las mayorías sociales.¹⁵⁰

Para concluir, debe señalarse que lo mencionado parecería ser una soberanía enfrentada. Por un lado, cuando se excluye del análisis a las empresas transnacionales y se centra el debate en el aparente debilitamiento del principio de soberanía estatal, parece muy lógico que dicha soberanía esté condicionada y limitada a la realización de la paz y por tanto a la protección de los derechos humanos.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 85.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 96-9.

Se ha aceptado la idea de que el derecho internacional ha dado muestras de evolución limitando la soberanía estatal bajo el imperio del Derecho Internacional de Derechos Humanos, y requiriendo por otro lado las garantías para que el sistema internacional procese las violaciones a los derechos humanos que se cometieren en cualquier latitud del mundo. Es decir, la soberanía estatal está efectivamente limitada cuando de juzgar y sancionar las violaciones a derechos humanos se trata, ya que, en variados casos, los Estados han cedido dicha soberanía aceptando ser juzgados por un órgano supranacional en el caso de violación de derechos humanos realizadas dentro de sus territorios. Ejemplos de esto son las Cortes Europeas e Interamericana de Derechos Humanos.

Aquí como se ha dicho, parece absolutamente lógico que la soberanía esté tan limitada, hasta el punto de casi desaparecer, al amparo de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que busca la paz y la justicia, que son- y deben ser- la motivación principal de la existencia de los órganos supraestatales. Pero, por otro lado, cuando se verifican las interferencias que las empresas transnacionales promueven en los Estados para beneficiarse de ellas y de las desregulaciones con el objetivo de obtener mayores réditos, violentando la soberanía estatal, o utilizando esta maliciosamente, se hace preciso ratificar y fortalecer la soberanía estatal.

3. La responsabilidad del Estado de proteger los derechos humanos de las vulneraciones perpetradas por terceros

El que los Estados tengan la obligación de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos contra vulneraciones de particulares, es una obligación que se encuentra ampliamente reconocida en el derecho internacional. Los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, y sancionar a los particulares que resultaren responsables por violación de los derechos humanos. El menoscabo de los derechos humanos reconocidos por instrumentos jurídicos internacionales que pueda ser atribuido según las reglas del Derecho Internacional, a un Estado, que por acción u omisión de cualquier autoridad o agente que actúe en su nombre y que le sea efectivamente imputable, comportará la responsabilidad internacional de éste según lo previsto por dichos instrumentos.¹⁵¹

¹⁵¹ Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos* (Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003), 171.

El profesor Ramiro Ávila, catedrático ecuatoriano señala algunas importantes definiciones respecto del principio de responsabilidad estatal referido a la obligación de protección de los derechos humanos. Ávila indica que en el Estado absoluto el más alto deber del mismo era cumplir con la autoridad soberana- que generalmente recaía sobre el rey-; en el Estado liberal, el más alto deber era precisamente cumplir la ley; en el Estado constitucional moderno el más alto deber del mismo consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución,¹⁵² y en el Estado constitucional de derechos y de justicia del Ecuador, la más importante obligación del Estado es la protección de los derechos de los ciudadanos.

Entonces, el más alto deber de los Estados reside en respetar y hacer respetar los derechos humanos de sus ciudadanos. Respetar en este sentido, implica distintos tipos de obligaciones, unas de abstención o negativas frente al ejercicio efectivo de los derechos, por las que ningún Estado puede intervenir en el ejercicio regular y legal de los derechos de una persona, y otras de hacer respetar, que implican para los Estados obligaciones de hacer o positivas, que se pueden ejercer a través de dos vías: la elaboración de políticas públicas para la satisfacción de un derecho, o el impedir que terceros con sus acciones u omisiones ocasionen violaciones a los derechos de las personas. Los Estados incumplen con estas obligaciones de respeto, por un lado, cuando ejecutan acciones que limiten o anulen el ejercicio de un derecho, y por otro cuando omiten actuar en defensa de los derechos de sus ciudadanos que puedan o sean conculcados por terceras personas.¹⁵³

Esta obligación de proteger es un deber positivo, lo que quiere decir que los Estados deben tomar todas las medidas que aseguren el cumplimiento de los derechos humanos. Se trata de una obligación preventiva, ya que los Estados deben crear las condiciones y otorgar las facilidades para la realización de los derechos humanos, que además deben ser justiciables. Los Estados pueden elegir entre las diferentes medidas de las que tiene a su disposición, sean estas legales, judiciales, administrativas, económicas, etc., para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.¹⁵⁴

Existen diversas obligaciones derivadas de la obligación de respeto que los Estados tienen para con los derechos humanos. El *deber de garantizar* es uno de ellos,

¹⁵² Ramiro Ávila, “Los principios de Aplicación de los Derechos” en Luis Ángel Saavedra edit., *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano* (Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INHREDH, 2009), 53.

¹⁵³ Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 176.

¹⁵⁴ María Augusta León, *The Human Rights Fundamentals of Conservation in the context of the Extraction of Energy Resources* (Bonn: Universidad de Bonn, 2015), 39.

que según lo señalado por Tara Melish, implica una obligación de naturaleza positiva, reconocida particularmente por los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que comporta para los Estados la adopción de medidas afirmativas de distinta índole: judiciales, legislativas y ejecutivas con el objetivo de organizar el aparato público y sus estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público para así asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación de garantía, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, así como procurar el restablecimiento del derecho y la reparación de los daños producidos por la violación. Este deber de asegurar los derechos y libertades implica que los Estados deben proteger a las personas de los daños producidos también por personas particulares, sean estos empleadores privados, empresas, arrendadores, etc.¹⁵⁵

El *deber de protección* es otra de las obligaciones derivadas del deber de respetar de los Estados. El Comité de Derechos Humanos en su comentario general 31 sobre el artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha indicado que los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos en los siguientes términos:

[...] las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas [...]¹⁵⁶

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos es claro que el dejar actuar libre o impunemente a los particulares sujetos a su jurisdicción, como en este caso las ETN, acarrea la responsabilidad internacional del Estado por la falta de debida diligencia en prevenir la violación o tratarla según los términos de la Convención, esto es investigar, sancionar y reparar, recalca Melish.¹⁵⁷

4. La responsabilidad internacional de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos

La doctrina dominante señala que por principio las empresas transnacionales no pueden tener subjetividad jurídica internacional. Según esta doctrina, la comunidad internacional sólo reconoce a los individuos como sujetos del derecho internacional, y solamente si éstos se encuentran dotados de derechos y responsabilidades subjetivas

¹⁵⁵ Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 177.

¹⁵⁶ ONU Comité de Derechos Humanos, *Observación General 31 La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, 26 de mayo de 2004, párr 8.

¹⁵⁷ Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 179.

propias, más no a las empresas como personas jurídicas que son.¹⁵⁸ Esta idea se fundamenta en el principio de soberanía nacional que rige el derecho internacional y por el cual se enfrentan y comprometen solamente los Estados, o en su defecto las organizaciones internacionales a las que los Estados han delegado atribuciones de creación jurídico-normativa.¹⁵⁹ Las empresas han sido consideradas tradicionalmente como objeto del derecho internacional, a las que se puede vincular al derecho internacional solamente a través de un Estado.

Sin embargo, vale recordar que luego del contexto de la primera guerra mundial- que ocasionó la muerte de millones de personas- se reconoció por vez primera la subjetividad jurídico-internacional de individuos, con el fin de afianzar la misión protectora de las normas primarias del derecho internacional. Desde allí podría afirmarse que las normas primarias del derecho internacional pueden obligar directamente a sujetos jurídicos individuales, y no solamente a los Estados. En este sentido, la tendencia del derecho penal internacional, y de los derechos penales nacionales es evolucionar hasta comprometer directamente a los individuos frente al sistema internacional. Esta evolución, da muestra de una “humanización” o si se quiere “constitucionalización” del derecho internacional.¹⁶⁰

Pero, así como las convenciones de derechos humanos obligan a las empresas, también les otorgan derechos, derechos para los individuos que pueden hacerse valer en los tribunales de derechos humanos. También los arbitrajes internacionales sobre disputas relativas a inversiones en los que participan las empresas transnacionales con los Estados conceden a las ETN derechos para con dichos Estados. Debido a estos derechos- que se pueden considerar también como prerrogativas- es que se habla de que estas personas jurídicas también tienen una subjetividad jurídico internacional, aunque algunos tratadistas señalen que es limitada porque se trata de una subjetividad otorgada por los mismos Estados en casos específicos.¹⁶¹

Los autores que han trabajado el tema de la vinculación entre las empresas transnacionales y los derechos humanos buscan enfoques distintos a la dominante de los conceptos clásicos revisados. El legista alemán Karsten Nowrot es uno de ellos y en su opinión:

¹⁵⁸ Wolfgang Kaleck y Miriam Saage, *Empresas transnacionales ante los tribunales* (Berlín: Fundación Heinrich Boll, s.f),18.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 17.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 18.

¹⁶¹ Kaleck y Saage, *Empresas transnacionales ante los tribunales*,18.

partiendo de una posición fáctica poderosa en el sistema internacional existe la presunción rebatible de que los correspondientes actores poseen un estatus como sujetos del derecho internacional [...] en lo que se refiere a la realización de intereses internacionales del bien común.¹⁶²

Este enfoque se basa en que el derecho internacional tiene una razón de ser, y es la de ser pacificadora en el contexto de relaciones interestatales, y con ello de la vida de las sociedades. En vista de la posición de poder de las empresas transnacionales para influenciar, agitar o pacificar las relaciones internacionales, debería otorgárseles el estatus jurídico de sujetos del derecho internacional, para que así estén ligadas a las obligaciones de conducta jurídico internacionales en cuanto a los intereses internacionales del bien común, lo que implicaría también la posibilidad de ser sancionados por las violaciones a los derechos humanos que cometieren, al igual que los Estados.

Otros autores son aún más radicales y difunden teorías sobre la renuncia total de la subjetividad jurídico internacional y hablan solamente de los “participantes” del sistema internacional. En esta posición están por ejemplo a Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano,¹⁶³ quienes parten de la idea de un sistema jurídico internacional que se caracteriza por la constante colisión de diferentes regímenes normativos. Entienden a las violaciones de derechos humanos no como un conflicto entre un individuo sujeto de derechos fundamentales e instituciones del Estado o actores privados (en este caso las ETN), sino como conflictos sistema/ entorno. Plantean la posibilidad de establecer obligaciones internacionales de conducta aplicables para todos los actores poderosos en el sistema internacional, esto como respuesta a la violación masiva de los derechos humanos cometidas por actores distintos al Estado.

Bockstiegel habló ya en 1971 de una “doctrina de los acuerdos internacionales” que parte de la hipótesis de que los acuerdos entre Estados y corporaciones conducirían a una subjetividad jurídico internacional parcial de los actores privados. Basándose en la doctrina de la subjetividad jurídico internacional de las organizaciones internacionales propone el otorgar subjetividad también a las ETN.¹⁶⁴

En el derecho internacional existen diversos actores que se mueven en torno al derecho internacional público o bien al derecho internacional privado, y que poseen, diferentes derechos, obligaciones y responsabilidades. Los Estados son sujetos plenos en el derecho internacional, y poseen tanto derechos como obligaciones y responsabilidades. En un segundo andarivel estarían las organizaciones internacionales, que no son actores

¹⁶² *Ibíd.*, 21.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 21-22.

originarios del derecho internacional, como sí lo son los Estados, pero que, habiendo sido creados en el marco de tratados internacionales, tienen ciertas obligaciones, responsabilidades y también en determinados casos derechos, sin embargo, al no ser originarios, no son sujetos plenos del derecho internacional.¹⁶⁵

Hay otra cantidad de actores que convergen en el derecho internacional, pero que no corresponden a ninguna de estas dos categorías, actores que, sin subjetividad plena, pueden convertirse en generadores y/o receptores de normas con relación a los Estados o las organizaciones internacionales, estos actores son considerados como actores pasivos frente al derecho internacional. En esta categoría podrían encajar las empresas transnacionales, en tanto serían titulares de ciertos derechos en el derecho internacional, especialmente privado, empero no tienen obligaciones o responsabilidades.¹⁶⁶

Esto significa que las empresas pueden ser y en efecto, son sujetos del derecho internacional, y por tanto tienen subjetividad internacional. Con este criterio coinciden varios autores que señalan enfáticamente:

[...]la posibilidad de que empresas privadas celebren convenios con sujetos de derecho internacional (Estados) y que dichos Convenios cuasi-internacionales formen parte del derecho de gentes, de esto resultaría entonces que los contratantes son titulares de derechos y obligaciones internacionales y como consecuencia, se podría decir que las personas privadas adquieren la calidad de sujetos internacionales [...]¹⁶⁷

Aunque esta subjetividad estaría limitada y restringida, ya que las personas son quienes detentan plena subjetividad internacional al ser sujetos de toda relación internacional, al igual que los Estados quienes son sujetos históricos por excelencia, no así las empresas transnacionales como personas jurídicas.¹⁶⁸

Lo que queda demostrado con todos los criterios vertidos, es que a luz de la doctrina actual y de la práctica del propio derecho internacional, se puede considerar a las empresas transnacionales como sujetos del derecho internacional.

Planteada de inicio la cuestión de la subjetividad internacional de las empresas, y habiendo ratificado que sí son sujetos del derecho internacional, se debe repasar ahora los argumentos que sustentan la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales por violación de derechos humanos.

¹⁶⁵Alfonso Iglesias Velasco, "Sujetos y actores en el derecho internacional: los casos controvertidos de la Soberana Orden de Malta y del Comité Internacional de la Cruz Roja", accedido 15 de octubre de 2019, párr. 11, <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2019/02/redic-1-conversatorio.pdf>.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ Barberis Julio en María Cristina Amuchastegui y Guillermo Elías Sánchez, "Las corporaciones económicas internacionales, su status jurídico y su incidencia en la política de los Estados", IN IURE 2, n°1 (2012): 20, <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/download/184/179>.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

Las normas internacionales forman parte del llamado *ius cogens* o normas de orden público internacional, que son normas imperativas o taxativas de cumplimiento estricto y que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido. El *ius cogens* tiene diametral importancia, debido a que sus normas protegen valores esenciales que la comunidad internacional reconoce como tales, podría decirse que este *ius cogens* representa la encarnación de la conciencia moral de la humanidad.¹⁶⁹ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define al *ius cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional en su conjunto. Este es un nuevo orden público internacional investido de *imperium* y al margen de los Estados.¹⁷⁰

El *ius cogens* tiene como características su universalidad e imperatividad al margen de los Estados, aunque en estricto sentido requiera de la aceptación mayoritaria de los mismos. Cuenta con eficacia *erga omnes* y múltiples fuentes normativas.¹⁷¹ Esta es una premisa defendida por quienes hacen una interpretación expansiva y progresista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que para tratadistas como Hernández representa la superación del derecho internacional tradicional, en el que los Estados y sus relaciones ya no son el foco de atención principal, sino las personas, y donde por tanto tendrían más importancia los instrumentos de derechos humanos.

Esta posición implica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también debe ser observado por las empresas transnacionales, aun cuando existan cuestionamientos a su aplicación por los vacíos y contradicciones que pueda presentar. Galisonga se suma a este criterio diciendo que los principios reconocidos en las convenciones internacionales de derechos humanos se imponen como rectoras de todo el sistema internacional, y que como principios vinculantes prevalecen sobre toda norma que contraríe su sentido.¹⁷² Desde esta visión las obligaciones que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos van en expansión para las ETN.

David Biltchz analiza el debate de los argumentos a favor y en contra para considerar a las empresas responsables ante el derecho internacional, y señala que las razones para crear una empresa- que son eminentemente económicas y en búsqueda de

¹⁶⁹ Ius Cogens, “Qué es el Ius Cogens”, accedido 18 septiembre de 2019, <http://www.iuscogensinternacional.com/p/que-es-el-ius-cogens.html>

¹⁷⁰ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 331

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² Alberto Galisonga, “Las Transformaciones de la Sociedad Internacional y los derechos humanos”, en *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, Juan Hernández, 331.

lucro- no son una justificación suficiente como para que las empresas no tengan obligaciones positivas de contribuir a la realización de los derechos fundamentales- y por tanto de los derechos humanos.¹⁷³ Con base en ejemplos bastante interesantes y precisos, como el del acceso de las personas a medicamentos para el VIH controlados por las empresas transnacionales farmacéuticas, este autor concluye que “existen en realidad fuertes razones para que se reconozca la existencia de dichas obligaciones positivas aun cuando hasta ahora no se sabe con exactitud cuál es su alcance.”¹⁷⁴

Si el objetivo es garantizar que los derechos humanos se realicen, no se puede confiar ni en la buena voluntad de las empresas- expresada por un lado en la obligación de respetar del marco Ruggie, y por otro en la responsabilidad social corporativa-, ni en la presión social como detonante de reconocimiento de responsabilidad. Es fundamental que el marco internacional establezca estas obligaciones positivas y vinculantes para así garantizar que las empresas estén forzadas a cumplir con los derechos.¹⁷⁵ “Las empresas deberían responder por toda la gama de obligaciones concernientes a los derechos humanos del derecho internacional, incluso las obligaciones de proteger y cumplir.”¹⁷⁶

Sin embargo, de todo lo dicho, la responsabilidad internacional de las empresas está extremadamente limitada, por la inexistencia de un marco normativo que imponga obligaciones, y sanciones por no cumplir obligaciones cuando a derechos humanos se refiere. Si bien quedó ya establecido que las ETN se pueden considerar sujetos del derecho internacional, también es cierto que actualmente no existen marcos jurídicos vinculantes para dichas empresas, que las obliguen a cumplir con los derechos humanos.

El marco internacional de los derechos humanos es suficientemente amplio como para determinar códigos de conducta para las empresas, los distintos instrumentos como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, además de los instrumentos regionales como la Carta Interamericana de Derechos Humanos, convenios, recomendaciones de la OIT, entre otras, contienen obligaciones claras y precisas de hacer y no hacer para los Estados y las personas, que bien podrían entenderse aplicables en alguna medida a las empresas. Esta es una posición defendida por algunos autores como Hernández, Teitelbaum, y otros.¹⁷⁷ En esta línea Hernández señala que

¹⁷³ David Blitchz, “El Marco Ruggie: una propuesta adecuada para las obligaciones de las empresas en derechos humanos”, *SUR* 7, n.º 12 (2010): 221, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf>.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 222.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 224.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 228.

¹⁷⁷ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 332.

existe un amplio y formalmente eficaz cuerpo normativo internacional de Derechos Humanos y Derechos Laborales Fundamentales que puede actuar como mecanismo de control de las empresas transnacionales, al menos desde la perspectiva sustancial de las normas, ya que el control jurisdiccional es otra cuestión.¹⁷⁸

Sin embargo, en la práctica la preminencia de los tratados de inversión, mecanismos de solución de conflictos comerciales, las reglas de la Organización Mundial de Comercio y otras, frente a los tratados de derechos humanos, suponen una limitación fáctica y palpable para la plena aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Castillo recuerda que:

la normativa internacional de derechos humanos no ha modificado en absoluto las obligaciones contraídas por los Estados en el seno de organizaciones internacionales económicas y financieras como el FMI, el Banco Mundial, la UE, la OCDE y la OMC y que son incompatibles con ese orden social e internacional que define la propia Declaración Universal en el que los derechos de la persona, especialmente los económicos, sociales y culturales, se verían plenamente protegidos.¹⁷⁹

Ante la poca intervención y éxito de los órganos internacionales para juzgar las violaciones de los derechos humanos, se hace evidente que los sistemas de arbitraje y de solución de controversias y las protecciones del Derecho Comercial Global son mucho más eficaces e importantes, lo que da una decidida preponderancia al comercio y a las empresas, por sobre los derechos humanos.¹⁸⁰

Gutiérrez reafirma este criterio cuando señala que los medios alternativos para la resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados otorgan un inmenso poder a los grupos económicos transcontinentales. Los Estados ven minada aún más su soberanía quedando en situación de sumisión, cuando este régimen jurídico de arbitraje privado internacional los obliga a pagar indemnizaciones millonarias si las inversiones privadas extranjeras fracasan por alguna razón que pudiere ser imputada a los Estados. “En esta justicia privada son siempre las ETN las que demandan a los Estados (nunca al revés), no opera el principio de definitividad (es decir que no es necesario que se agoten los recursos internos”,¹⁸¹ y se convierten en la práctica en instancias de apelación.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones conocido por sus siglas simplemente como CIADI, es un buen ejemplo de esta justicia privada que se ha reseñado. Esta institución creada por y que forma parte del Banco Mundial ha sido establecida para arbitrar una solución a las disputas entre gobiernos e inversores (empresas) con relación a los capitales invertidos en dichos Estados. Ha sentenciado a

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 333.

¹⁷⁹ Castillo A, “Globalización y derechos humanos: un saldo negativo para la humanidad”, en *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, Juan Hernández, 333.

¹⁸⁰ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 337.

¹⁸¹ Gutiérrez, *Poderes Salvajes, lex Mercatoria y derechos sociales*, 218.

muchos Estados a pagar millonarias indemnizaciones a las empresas por distintos motivos, entre los que destacan la finalización unilateral de contratos entre los Estados y las empresas, tal como el caso de la OXY con Ecuador.¹⁸²

En noviembre de 2015, el CIADI obligó al Ecuador a pagar a la petrolera estadounidense OXY la cantidad de USD \$1.061'775.000 por concepto de indemnización en relación a la cancelación del contrato que esta empresa había suscrito con el país, y que le permitía extraer aproximadamente 100.000 barriles diarios de crudo en la Amazonía ecuatoriana.¹⁸³

Esto significa que existe una prevalencia del sistema de protección del Derecho Comercial Global por sobre- y en perjuicio del- Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta debilidad del sistema internacional de protección de los derechos humanos provoca que las empresas no se sienten amenazadas ante la posibilidad de sanciones en su contra por las violaciones de los derechos humanos que cometieren.

Se han establecido en líneas anteriores las distintas posiciones respecto de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales, y muy a pesar de que la posición dominante en la doctrina tiende a no considerar a las ETN responsables ante el derecho internacional, se observa que en actualmente hay muchas más voces a favor de considerar a las ETN como sujetos del derecho internacional y por lo tanto responsables ante éste por las violaciones a los derechos humanos que cometieren.

El derecho al ser un instrumento vivo, que se transforma en función de las nuevas realidades sociales, no puede, ni debe ser estático. No han existido reformas significativas al derecho internacional en muchos años, y las que han existido, todavía no encuentran la fuerza suficiente como para modernizar completamente el derecho internacional y lograr lo que ya muchos teóricos han propuesto, el constitucionalismo internacional.

Por esto se considera necesario, y urgente la construcción de este instrumento vinculante de empresas transnacionales y derechos humanos, que seguramente significará el cambio en los paradigmas del derecho internacional, en aras de proteger y defender los derechos humanos de los ciudadanos del mundo, razón ulterior para la creación de la ONU y otros organismos internacionales y su más alto deber.

¹⁸² CIADI, “Acerca del CIADI”, *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, accedido 30 septiembre de 2019, párr. 1, <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>.

¹⁸³ El Universo, “CIADI ordena a pagar casi \$1000 millones a Petrolera Oxy, dice Rafael Correa”, *El Universo*, 2 de noviembre 2015, <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/11/02/nota/5220131/ciadi-ordena-ecuador-pagar-1000-millones-petrolera-oxy-anuncia>.

5. La Corte Penal Internacional y el juzgamiento de personas particulares por delitos de lesa humanidad

El axioma que dice que el derecho internacional funda derechos y obligaciones inmediatas para el individuo fue por primera vez formulado en el marco de los tribunales militares de Nuremberg y Tokio que juzgaron los crímenes de lesa humanidad cometidos en la segunda guerra mundial, y ha sido confirmado en los principios de Nuremberg elaborados por la *International Law Commission*.¹⁸⁴ Estos tribunales creados especialmente para juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de la guerra mundial, son el antecedente más claro y elaborado de la responsabilidad internacional de un individuo que se puede encontrar, además de constituir el precedente de la Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional fue concebida en 1948, cuando las Naciones Unidas consideró la creación de un alto tribunal de justicia que juzgue los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y agresión, sin embargo, no fue hasta muchos años después que este proyecto cobró vida. El 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entrando en vigor el 1 de julio de 2002. La Corte Penal Internacional juzga los crímenes antedichos, tiene competencia sobre las personas naturales a excepción de los menores de edad, y los crímenes que juzga no son sujetos de prescripción.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto CPI) es uno de los mecanismos de derecho internacional que, aunque no se ha aplicado hasta ahora a las empresas, posibilita el avance de logros jurídicos en este sentido. Veronique Lebuis indica que “según la Federación Internacional de Derechos Humanos, el artículo 25 (3)(c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional podría resultar aplicable a empresas que participen en la comisión de crímenes de la competencia de la CPI.”¹⁸⁵ Sin embargo, el Estatuto de la Corte indica que ésta solo puede juzgar a personas naturales, por lo que las personas jurídicas están de momento, excluidas de su competencia. No obstante, la misma Federación de Derechos Humanos ha señalado que es posible establecer la complicidad

¹⁸⁴ Kaleck y Saage, *Empresas transnacionales ante los tribunales*, 19

¹⁸⁵ Véronique Lebuis, “Derechos humanos y empresas transnacionales: ¿podrán los tribunales canadienses juzgar a las empresas canadienses por los daños causados en el exterior?” en *Empresas y Derechos Humanos una relación compleja*, (Washington DC: Fundación para el debido proceso, 2011), 20.

de una empresa con personas naturales implicadas en crímenes internacionales de conformidad con el artículo antes citado del Estatuto.

En vista de que el Estatuto de la CPI permite responsabilizar a las personas individualmente por delitos graves contra las normas del derecho internacional, cuando una persona comete cualquiera de estos delitos puede ser perseguido independientemente de su Estado de origen, y de si éste ha aprobado o no el estatuto de la CPI. De esta forma se le otorga al individuo en el marco del derecho penal internacional una *posición jurídico internacional individual*, y diferente de su Estado de origen. Esta individualidad y las obligaciones que de ella derivan también pueden darse para con los empleados de las empresas, tal es así, que los directivos y colaboradores de las empresas que hayan apoyado o participado en la comisión de crímenes de competencia de la CPI pueden y deben ser juzgados por esta Corte o por un Estado que tenga incorporado a su ordenamiento jurídico estos delitos.

Lo crucial de la creación de la Corte Penal Internacional, es el hecho de que el derecho internacional penal ha avanzado hasta el punto de poder juzgar a los individuos por los delitos de lesa humanidad que hubieren cometido, independientemente del Estado al que pertenecen, por lo que cabe cuestionar el por qué no se ha podido avanzar en la individualización de las personas jurídicas, en este caso, las empresas transnacionales para que puedan ser juzgadas por las violaciones a los derechos humanos que hubieren cometido. Si los horrores de la guerra fueron suficientes para motivar a la ONU a crear este alto tribunal, por qué las violaciones a los derechos humanos que cometen las empresas no son lo suficiente como para que la ONU finalmente supere todos los debates teóricos y expida un tratado vinculante para las empresas.

Son los intereses que gravitan alrededor de la cuestión los que impiden que esto se concrete, pero fácticamente es posible, legalmente es posible, y se trata de una legítima aspiración de millones de personas alrededor del mundo que han sufrido y sufren por el poder de estas empresas, que, ante la pasividad de los Estados y la comunidad internacional, siguen impunes.

6. Marco jurídico nacional de actuación de las empresas transnacionales en el Ecuador

El país cuenta con un buen número de normas reguladoras de las actividades empresariales, en este sentido, las empresas, sean estas nacionales o extranjeras, están sujetas a un conjunto de reglas que determinan cómo se debe efectuar su operación en el Ecuador, garantizando el cumplimiento de estándares y parámetros, desde lo ambiental,

pasando por lo laboral y hasta el derecho de la competencia. En este apartado se resumen los aspectos más relevantes de las normas que atañen a las actividades empresariales, y particularmente las actividades extractivas. En el anexo 1 se detallan cada una de las disposiciones que a continuación se resumen y estudian.¹⁸⁶

6. 1. Constitución de la República

La Constitución de la República del Ecuador fue publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008, luego de aprobada por el Referéndum Constitucional. La Constitución vigente del Ecuador es una de las más garantistas que haya podido tener el país, ya que su núcleo duro es el Estado de Derechos y de Justicia, que por sobre el tradicional Estado de Derecho, pone en prevalencia a los derechos y a la justicia sobre la misma ley.

La Constitución del Ecuador fue de las primeras cartas magnas en el mundo en constitucionalizar los llamados derechos de la naturaleza, que bien podría decirse son derechos de última generación, difusos, conexos a todos los derechos y vinculados especialmente a las obligaciones y garantías referidas al medio ambiente. Aunque existe aún un debate importante sobre el alcance de estos derechos, principalmente sobre quién exige estos derechos y cómo se procesan en el aparato judicial, es importante referenciar estos derechos, ya que las empresas podrían conculcarlos en sus actividades.

Señala la Constitución que la naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia, su mantenimiento y a la regeneración de sus ciclos vitales, su estructura, funciones y procesos evolutivos. Concede una especie de acción popular al señalar que toda persona, comunidad, pueblo, nacionalidad, puede exigir a una autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Establece además el derecho de la naturaleza a la restauración, que tiene relación directa con los impactos al medio ambiente, y se señala que en el caso de presentarse éstos, incluidos los provocados en el marco de la explotación de los recursos naturales no renovables, será el Estado el responsable de establecer los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y la eliminación o mitigación de los impactos negativos.

Además, indica que todas las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tienen el derecho de beneficiarse de la naturaleza en este marco regulatorio.

En su capítulo 5, la Constitución contiene varias disposiciones referentes a los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas que se relaciona directamente con las

¹⁸⁶ Para el detalle completo de las normas analizadas revisar el Anexo 1.

empresas transnacionales, especialmente extractivas. Establece que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Se considera como un sector estratégico a los recursos naturales no renovables, y al transporte y la refinación de hidrocarburos.¹⁸⁷

Para este fin, el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales, entre otras.

Esto significa en primera instancia, que el Estado a través de la administración pública central se reserva la competencia de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, como los recursos naturales no renovables y especialmente el petróleo; y que adicionalmente para esta gestión constituirá empresas públicas, que deben cumplir con criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. La Carta Suprema establece que dichas empresas públicas estarán bajo la regulación y el control de los organismos estatales competentes. Ergo, las empresas públicas, sean estatales o transnacionales deberían estar controladas en sus actividades potencialmente dañosas por el mismo Estado, el que actúa en este caso como juez y parte.

La delegación, conforme mandato constitucional puede realizarse sobre la participación en los sectores estratégicos a las empresas de economía mixta donde tenga mayoría accionaria, es decir a compañías constituidas por empresas estatales y empresas públicas o privadas de otro Estado o país, pero manteniendo la condición de que el Estado ecuatoriano tenga mayoría accionaria. Según esta disposición la delegación a la iniciativa privada será excepcional y en los casos que establezca la ley, de lo que se deduce que para la explotación de los recursos naturales no renovables se preferirá siempre al Estado como gestor, a través de las empresas que constituya.

El texto constitucional garantiza que cuando el privado- por ejemplo, una ETN- tenga a cargo la explotación de los recursos no renovables, siempre habrá de por medio el cobro de regalías o contribuciones y de participaciones empresariales, lo que asegura ganancias al Estado por la extracción de estos recursos no renovables. Esta disposición se traduce en contratos en los que el privado asume la exploración y explotación del recurso a cambio de un pago al Estado, que varía en función del mecanismo de delegación.

¹⁸⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

La norma suprema también reconoce las diversas formas de organización de la producción en la economía y establece expresamente a las formas empresariales públicas o privadas como una de ellas. De esta forma reconoce la participación de las empresas como actores de la economía y el sector productivo. Pero además señala que se promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir y desincentivará aquellas que atenten contra los derechos de la población o los de la naturaleza. Importante subrayar esta visión de la norma suprema respecto de las empresas, ya que categóricamente indica que el Estado debe desincentivar, que, dicho en otras palabras, sería controlar que las empresas que atenten contra los derechos de los ciudadanos o de la naturaleza puedan operar en dichas condiciones gravosas en el país.

En el título sexto de la Constitución que habla sobre el Buen Vivir, el capítulo segundo sobre la Biodiversidad y los Recursos Naturales, dispone entre otras cosas que son propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y en general todos los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos,¹⁸⁸ y demás, estableciendo como en constituciones pasadas, que los yacimientos petroleros y mineros son de propiedad del Estado ecuatoriano, quien tiene la facultad de administrarlos, gestionarlos, explotarlos y aprovecharlos como a bien tuviere con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.¹⁸⁹

Se dispone además que el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. De esta forma, la Carta Magna señala muy claramente que los recursos no renovables como el petróleo o las minas son de propiedad del Estado, y por tanto bienes públicos, y que cualquiera sea la forma contractual que se pacte con los privados, las ganancias del Estado no podrán ser nunca inferiores a las ganancias que la empresa privada recibe, esto fija los parámetros básicos para la negociación de las empresas extranjeras con el Estado ecuatoriano y viceversa.

En el título octavo de las Relaciones Internacionales del Ecuador se consagran dos disposiciones muy claras respecto del relacionamiento del país con las empresas transnacionales, disposiciones que particularmente promueven la conformación de un orden global con relaciones horizontales donde la construcción de un mundo justo y

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ *Ibíd.*

democrático sea la misión. El texto constitucional rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.¹⁹⁰

Finalmente, la Constitución indica que se requerirá aprobación de la Asamblea Nacional para la ratificación de tratados internacionales que comprometan la política económica del Estado a condiciones de instituciones internacionales o de empresas transnacionales, o que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

6.2. Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado

La Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado¹⁹¹ es una ley de reciente publicación, data del año 2011. Tal como expresa su objeto, la ley procura evitar, corregir, eliminar y sancionar el abuso de los operadores económicos con poder de mercado, además de la prevenir, prohibir y sancionar los acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas, el control y regulación de las operaciones de concentración económica, y la prevención y sanción de las prácticas desleales.

La ley regula directamente a las empresas transnacionales, y por aquello establece en su ámbito que están sometidas a sus disposiciones todos los operadores económicos, públicos o privados, nacionales o extranjeros, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en el país, y los gremios que las agrupen, e inclusive llega a mencionar a las actividades económicas fuera del país, cuyas actividades produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

De la lectura de sus disposiciones se nota claramente que la intención del legislador es que este texto normativo: controle, regule y ponga un freno a las prácticas abusivas de las empresas que debido a su tamaño e importancia pueden causar distorsiones en el mercado, como en el caso de empresas farmacéuticas- que en ciertas ocasiones- y en desmedro de los consumidores, acuerdan poner precios altos a determinadas medicinas sin justificante alguno, causando una distorsión que debe ser intervenida por el Estado, imponiendo una lista de precios, por ejemplo. Una muestra de lo mencionado es el caso de la farmacéutica Aspen en Europa, que ha sido

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011.

calificada por la Comisión Europea como ejemplo de competencia “desleal y abusiva”.¹⁹²

La ley se muestra absolutamente proteccionista del ciudadano- consumidor, y aunque también consagra el derecho de desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de las empresas en el mercado, su fin último parece ser proteger a los consumidores de las prácticas de los agentes económicos que puedan causar impactos en ellos.

Este texto normativo crea la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, organismo técnico que tiene amplias facultades para sancionar a las empresas por las conductas establecidas en la ley como infracción, especialmente al acuerdo o concurso de dos empresas o agentes económicos para ejecutar prácticas que distorsionen el mercado.

Los operadores económicos u empresas serán sujetos de millonarias sanciones cuando incurran en alguna de las infracciones previstas por el artículo 78 de la ley, infracciones que se categorizan en leves, graves y muy graves y entre las que se encuentran: no haberse sometido a una inspección ordenada por la Superintendencia; la ejecución de una operación de control sin la debida autorización; el abuso de poder de mercado; el desarrollo de prácticas colusorias o concertadas con otros operadores económicos, etc. Las multas que la Superintendencia puede aplicar a las empresas van desde 50 remuneraciones básicas unificadas hasta las 40.000, lo que puede significar hasta USD 16.00.000 en multas.

Como se puede apreciar de este breve resumen, la Ley de Control de Poder del Mercado es efectivamente un instrumento de control muy poderoso que tiene el Estado para regular el mercado, controlar a las empresas, especialmente a las transnacionales que tienen en gran parte de los casos, una importantísima participación del mercado, y disuadir a los agentes económicos para que eviten adoptar prácticas que vayan en desmedro de los ciudadanos- consumidores.

¹⁹² Redacción Médica, “La política de precios de Aspen, ejemplo de competencia desleal y abusiva”, *Redacción Médica*, 1 de febrero de 2019, <https://www.redaccionmedica.com/secciones/industria/la-politica-de-precios-de-aspen-ejemplo-de-competencia-desleal-y-abusiva--9617>.

6.3. Código Orgánico del Ambiente

El Código Orgánico del Ambiente entró en vigor en el año 2018,¹⁹³ y es la norma que garantiza a las personas un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, además de regular y proteger los derechos de la naturaleza. Establece los derechos y garantías ambientales que aseguran la conservación, sostenibilidad, protección y restauración del ambiente. En su relación con las empresas y especialmente con las empresas transnacionales, esta norma regula y previene los impactos y daños ambientales, establece medidas de reparación y restauración del ambiente, e impone las sanciones aplicables para los que infrinjan las normas ambientales.

Tres principios ambientales que tocan directamente la actividad empresarial y que deben ser reseñados ya que constituyen la columna vertebral del régimen de responsabilidad de las empresas, están consagrados en el Código, y son:

- 1) Responsabilidad integral: la responsabilidad de quien promueve una actividad que genere o pueda generar impacto sobre el ambiente, abarca de manera integral, responsabilidad compartida y diferenciada.
- 2) El que contamina paga: quien realice o promueva una actividad que contamine o que pueda hacerlo en el futuro, debe incluir en sus costos de producción todas las medidas necesarias para prevenir, evitar o reducir esta contaminación.
- 3) Reparación integral: que es el conjunto de acciones, procesos y medidas que se aplican para revertir impactos y daños ambientales, evitar su recurrencia y restituir los derechos de las personas afectadas.

A estos tres principios se suma uno que no consta como tal, pero que sin duda también constituye un axioma del derecho ambiental moderno, sobre la responsabilidad en daños ambientales. La norma es clara al señalar que el Estado, las personas naturales y las jurídicas tienen la obligación jurídica de responder por los daños ambientales que hayan causado. Además, señala que la responsabilidad sobre estos daños es objetiva, es decir que se produce con independencia de si ha existido o no culpa, dolo o negligencia, es decir, verificado el daño nace la responsabilidad.

Adicional a lo establecido en el Código del Ambiente, los regulados deberán atender la normativa aplicable a los parámetros de calidad ambiental, y cumplir con mediciones para verificar si sus actividades están ajustadas a dichos parámetros, así por

¹⁹³ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017.

ejemplo, una empresa petrolera o una minera deberá realizar mediciones periódicas de las fuentes hídricas, y cuerpos de agua cercanos a sus áreas de influencia, para verificar si están siendo afectados por estas, o si las aguas de formación (en la industria petrolera)¹⁹⁴ están siendo tratadas de tal forma que posteriormente sean inocuas para la salud humana y animal. Dichas obligaciones se encuentran previstas en los planes de manejo ambiental de las empresas.

Como consecuencia de estas mediciones o monitoreos, la autoridad ambiental competente podrá imponer sanciones a los regulados que incumplan con la norma y con los planes de manejo ambiental, tal como indica el Código. Las sanciones que la norma establece van desde multas que oscilan entre una remuneración básica unificada para la más leve de las infracciones y el infractor con menos recursos, hasta cien remuneraciones básicas unificadas para la infracción más grave y el infractor con mayores recursos.¹⁹⁵ Además, el Código permite la adopción de medidas preventivas que van desde el decomiso de fauna y flora que se distribuya ilegalmente, hasta la clausura de los locales donde se realice la actividad ilegal.¹⁹⁶

Como se puede apreciar entonces, las empresas, y más aún, las empresas transnacionales están obligadas al cumplimiento de la normativa ambiental, y deben cuidar que sus actividades, además de ser autorizadas por la autoridad ambiental competente, cumplan con los parámetros de la normativa ambiental para no ser sujetos de estas sanciones. Lo que falta en el país es evidentemente control, la norma es clara, las sanciones son claras, el control es deficiente.

6.4 Ley de Hidrocarburos

La Ley de Hidrocarburos¹⁹⁷ regula todo lo concerniente a la exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos y las sustancias que los acompañan. Todos aquellos yacimientos que se encuentren en el territorio del país son patrimonio del Estado ecuatoriano y se declara a esta actividad como de utilidad pública. La norma señala que dichos yacimientos serán explorados y explotados en forma directa por el Estado a

¹⁹⁴ En el documento de reevaluación del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental de la compañía Andes Petroleum, se indica en el punto 10 Plan de Monitoreo Ambiental que se debe hacer una serie de monitoreos al componente hídrico en relación con los pozos de perforación. Documento disponible en <https://maecalidadambiental.files.wordpress.com/2019/03/reevaluac393-andes-petroleum-2.pdf>

¹⁹⁵ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, arts.316-324.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, art. 320.

¹⁹⁷ Ecuador, *Ley de Hidrocarburos*, Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018.

través de las empresas que éste constituya para el efecto, y excepcionalmente podrá delegarlo a empresas privadas que tenga probada experiencia y capacidad en materia hidrocarburífera.

La norma exige que las empresas extranjeras que pretendan suscribir contratos con el Estado para la gestión de este sector deben domiciliarse en el país y cumplir con todas las leyes de este, lo que obliga a las empresas transnacionales a acatar lo dispuesto por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y especialmente a tener una persona jurídica en el país por razones de control y sanción.

La ley obliga, tanto a la empresa pública, como a las empresas privadas a elaborar estudios de impacto ambiental, conforme los parámetros de la normativa ambiental, a conducir las operaciones en el marco de la protección y conservación del medio ambiente y de la seguridad del país, y manda a prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar, y compensar los impactos sociales y ambientales que sus actividades puedan causar.

Regula también las regalías, y pagos que deben efectuarse al Estado, tanto en la fase de exploración, como en la de explotación petrolera, estableciendo unos valores fijos, que se sujetarán a las modalidades contractuales previstas en la misma ley.

Importante señalar que la ley establece la posibilidad de expropiar o constituir servidumbres en terrenos, e inmuebles que sean necesarios para la actividad petrolera, lo que bien podría ser al menos una limitación del derecho a la propiedad privada o comunitaria.

Aunque la norma dispone que en el marco de estas actividades de exploración y explotación de hidrocarburos debe mediar una consulta a comunidades indígenas o nacionalidades afroecuatorianas, cuando dichas actividades se ejecuten en sus territorios, o pudieran afectar el medio ambiente, el objeto de esta consulta es bastante limitado, ya que solamente se circunscribe a brindar información y a recoger inquietudes, pero finalmente la decisión sobre la explotación recae nuevamente en el Estado, convirtiendo a la consulta en un mero proceso de información.

Así mismo, la ley, tratando de mitigar el impacto a estos pueblos y nacionalidades, y a todos quienes estén en el área de influencia, establece que podrán beneficiarse de todas las infraestructuras construidas por las empresas estatales o privadas para la explotación petrolera, y una vez que haya finalizado esta etapa de explotación, es decir, podrán beneficiarse de las infraestructuras, quizás luego de 20 o 30 años, cuando estas posiblemente no se encuentren en las mejores condiciones.

6.5 Ley de Minería

La Ley de Minería¹⁹⁸ norma el ejercicio de los derechos del Estado sobre la administración, regulación, control y gestión del sector minero, considerado como sector estratégico. A diferencia de la Ley de Hidrocarburos, esta ley determina que el Estado podrá delegar su participación, tanto a empresas públicas, mixtas y privadas, omitiendo la declaración de que lo hará directamente el Estado, y excepcionalmente se incluirán otras formas de participación. También es destacable que desde su objeto prevea que la explotación se hará siguiendo los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Al igual que en los hidrocarburos, se declara a la minería como de utilidad pública, señalando además que esto implica la facultad de constituir las servidumbres que fueren necesarias, lo que ya se ha señalado, es bastante problemático.

Son de propiedad del Estado ecuatoriano, todos los recursos naturales no renovables y en general los productos del subsuelo, los minerales y demás. La norma indica que este dominio del Estado sobre los productos del subsuelo se ejercerá con independencia de la titularidad del suelo, es decir, que los propietarios de las tierras no tienen derecho alguno sobre el subsuelo bajo su propiedad.

En el mismo tenor que la ley de hidrocarburos, las empresas extranjeras que estén interesadas en ejercer la actividad minera deben domiciliarse en el país, lo que las convierte en obligadas principales del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Aunque la norma prohíbe la explotación de recursos naturales no renovables en áreas protegidas, ha incluido una condición de excepcionalidad, a través de la cual, el presidente de la República puede declarar el interés de dicha explotación, y procederse con la misma, previa declaración de la Asamblea Nacional, lo que significa que las áreas protegidas si bien cuentan con un estándar de protección mayor que otras áreas, tampoco tienen un candado para que no exista actividad en estas áreas.

La norma exige que previa las fases de exploración y explotación minera, las empresas obtengan la licencia ambiental respectiva, otorgada por el Ministerio del Ambiente, y el permiso de la Autoridad Nacional del Agua, aunque la práctica ha demostrado, que no siempre se procede así.

La forma a través de la cual el Estado delega la participación en el sector minero, son las concesiones, que, de conformidad con la norma, podrán entregarse a personas naturales, jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, mixtas o privadas, comunitarias,

¹⁹⁸ Ecuador, *Ley de Minería*, Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018.

asociativas, familiares y de auto gestión, es decir, la ley prevé un amplio espectro de personas que pueden ostentar un título de concesión minera para explotar minerales de propiedad del Estado. Las concesiones confieren al titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar los minerales en el área de concesión, durante un plazo de 25 años renovables. Todas las concesiones están atadas al pago de regalías a favor del Estado como propietario de los recursos.

También se establece en la ley distintas formas contractuales y de relación entre el Estado y los particulares, para la explotación, entre los que se destacan, el contrato de prestación de servicios y el contrato de explotación minera, instrumentos que se deben suscribir con el ministerio del ramo.

A diferencia de la ley de hidrocarburos, la ley minera establece mayores regulaciones para las empresas que ejerzan esta actividad, señalando, por ejemplo, una cantidad de obligaciones laborales, de seguridad e higiene minera industrial, y una buena cantidad de reglas y normas en materia ambiental que se complementan con lo establecido por el Código Orgánico del Ambiente.

En materia ambiental, la ley obliga a las empresas a que previamente al inicio de la actividad elaboren y presenten los estudios ambientales exigidos, para la prevención, mitigación, control y reparación de los posibles impactos ambientales y sociales derivados de su actividad, estudios que deben ser presentados a la autoridad ambiental competente para su respectiva aprobación. Después de otorgada la licencia ambiental deberán cumplir con una auditoría de cumplimiento al primer año de entregado el permiso ambiental, auditoría que verifica el cumplimiento del plan de manejo ambiental, y posterior una auditoría cada dos años.

Además, la norma establece parámetros para el tratamiento de aguas; la revegetación y reforestación; la prohibición de descarga de desechos tanto en el suelo, el aire y el agua; la obligación de conservar y preservar la flora y la fauna, la protección del ecosistema, entre otras.

La ley minera indica los elementos sobre los cuales se deben realizar sendos procesos de participación, información y consulta, garantizando que las personas que puedan ser afectadas por la explotación minera, sean consultadas en procesos llevados a cabo por las instituciones del Estado que determine la ley. En el caso de que la consulta presente una oposición mayoritaria de la población consultada, la norma señala que la decisión sobre explotar o no, quedará a discreción del Ministerio Sectorial, es decir,

convirtiendo a la consulta en solamente un elemento de juicio, y no en un pronunciamiento vinculante para la toma de decisión del Estado.

La ley concede acción popular para denunciar posibles impactos ambientales, los cuales deberán ser analizados y corroborados por el Ministerio del Ambiente, que deberá aplicar el principio de precaución en conjunto con la Agencia de Control y Regulación Minera, y evitar que se produzcan daños o impactos nocivos en el ambiente.

Dos disposiciones que deben ser destacadas por su particularidad, son la caducidad por daño ambiental y la caducidad por violación de derechos humanos, disposiciones que obligan al Estado- obligan ya que la norma es mandatoria cuando señala que “deberán”- declarar la caducidad de las concesiones mineras, cuando se hayan producido, o bien daños ambientales, o violaciones a los derechos humanos, declaradas como tal mediante sentencia de juez competente. Y aunque la norma es bastante favorable para las personas y el medio ambiente, determina que dichos daños deben ser declarados por un juez competente, lo que puede tomar el suficiente tiempo como para que se termine el periodo de concesión, y no opere tal caducidad, y consecuentemente, tampoco las sanciones e indemnizaciones a que haya lugar. Estas disposiciones en el caso de empresas irresponsables que hayan violentado el ordenamiento jurídico ecuatoriano y los derechos humanos deben ser aplicadas con toda la fuerza y el imperio de la ley.

6.6. Código del Trabajo

El Código del Trabajo como indica su nombre es aquel que regula las relaciones entre los empleadores y los trabajadores y aplica para las diversas modalidades y condiciones de trabajo. La norma regula la forma, plazos, efectos, requisitos, y demás de los contratos que establece el Código. Dispone además de los derechos de los que gozan los trabajadores en sus relaciones laborales: la estabilidad, el derecho a las vacaciones anuales pagadas, el derecho a las utilidades en las empresas, el derecho a ser indemnizado en caso de despido, la prohibición de despido de las mujeres embarazadas, el derecho a la licencia por lactancia, el derecho al desahucio, el derecho a recibir buenos tratos, la regulación de la jornada de trabajo, las remuneraciones mínimas, el derecho a la huelga, el derecho a la asociación y al sindicalismo, las regulaciones sobre los riesgos del trabajo, las obligaciones del trabajador y de los empleadores, y en general todo lo que concierne a lo que ya se ha dicho, la relación entre los trabajadores y los empleadores.

Todas las personas, sean estas naturales o jurídicas, empresas nacionales o transnacionales deben acatar las disposiciones de este Código en materia laboral de forma obligatoria, todas las relaciones entre empleado y trabajador, a excepción de las del sector

público que se regulan por la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), deben ampararse en lo dispuesto por la ley laboral. En ese sentido es ilegal el hecho de que las relaciones de trabajo en el país se den por fuera de esta norma.

Este es un instrumento de protección de los trabajadores que prestan su fuerza de trabajo, sea esta intelectual o física, para con los empleadores que los contratan para sus labores productivas, conociendo que, en este tipo de relaciones, se pueden producir abusos, vejaciones y demás.

El Código del Trabajo, y en general la normativa laboral en el Ecuador es bastante garantista y favorable al trabajador, cada aspecto de la relación laboral está regulado y todos los empleadores, sean estos personas naturales o jurídicas están obligados a cumplirlas a cabalidad, inclusive las empresas transnacionales, que en sus relaciones laborales están plenamente sometidas a las leyes del país.

6.7. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

El Código de la Producción, Comercio e Inversiones,¹⁹⁹ norma expedida por la Asamblea Nacional del Ecuador en el año 2009, rige los procesos productivos y a todas las personas involucradas en los mismos, sean naturales o jurídicas, estas últimas que pueden ser empresas nacionales o transnacionales. Su objeto es regular las distintas etapas de la producción, la distribución, el intercambio, el comercio, el consumo, el manejo de externalidades y las inversiones productivas orientadas a la realización del Buen vivir.

La Ley establece la diferenciación entre los distintos tipos de inversión y determina a la inversión extranjera como aquella de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras o que impliquen que el capital no se hubiere generado en el Ecuador.

Para los contratos de inversión, la norma señala que el Estado deberá pactar cláusulas de arbitraje nacional o internacional. Para contratos que superen los diez millones de dólares se deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho y de conformidad con la ley. Señala la norma que en el caso de que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia será resuelta a elección del reclamante de acuerdo a las reglas de “ (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de

¹⁹⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.

Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Las reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso.”²⁰⁰ Este Código además establece los derechos de los inversionistas, y los incentivos que brindará el Estado para el desarrollo productivo.

Como se puede constatar del breve estudio de algunas de las normas que regulan la actividad empresarial en el Ecuador, existe un amplio marco de actuación de las empresas transnacionales, que implica el respeto y observancia por parte de estas empresas de un amplio espectro de derechos y garantías. Especialmente de las industrias extractivas, las que en materia ambiental deben cumplir una serie de parámetros para operar en condiciones que garanticen el mínimo impacto al ambiente y a la sociedad, lo que efectivamente debe ser supervisado y controlado por el Estado, a través del Ministerio del Ambiente y las demás autoridades ambientales competentes. Los derechos de la naturaleza constitucionalmente garantizados implican que el Estado debe hacer valer y efectivamente aplicar, todas las normas que limitan el accionar de las empresas en materia ambiental para evitar, mitigar, juzgar, sancionar y reparar, en el caso de presentarse impactos o daños ambientales.

Parecería existir una aparente complementariedad de las normas, por lo menos en materia ambiental, ya que tanto la Constitución, como el Código Orgánico del Ambiente y las leyes de hidrocarburos y minería, sumadas a las ordenanzas municipales, y normativa secundaria en materia ambiental, establecen gran cantidad de obligaciones para las empresas transnacionales, y especialmente las extractivas, de cara a su responsabilidad con la naturaleza, el ambiente, los ecosistemas y las sociedades que en estos se asientan o dependen de ella.

En cuanto a las condiciones en las que operan estas empresas en el país en otras materias, como la laboral, la tributaria, la del derecho de la competencia, la regulación de las inversiones y demás, debe mencionarse, que el ordenamiento jurídico ecuatoriano es bastante amplio y suficiente para controlar las conductas de las empresas, ya que no podría existir en el país, relaciones de las empresas transnacionales con el Estado, sus empleados, sus *shareholders*, y las comunidades asentadas alrededor de su operación, que se den por fuera o irrespetando estas normas, irrespetarlas podría conducir a sanciones en contra de estas empresas.

²⁰⁰ *Ibíd.*, art. innumerado 16.

Sin embargo, y lo lamentable, es que en el país no es la falta de normas la que provoca la inobservancia de los derechos humanos por parte de ciertas empresas transnacionales, sino la falta de control por parte del Estado a las actividades de estas empresas. De otra manera no se explica cómo distintas empresas transnacionales a pesar de tener la obligación de respetar este marco de actuación, no lo hacen, a sabiendas que el Estado ha sido débil en ciertos casos a la hora de controlar, y aún más de sancionar a las empresas.

7. Estudio de caso: Responsabilidad sobre violaciones de derechos humanos del Estado ecuatoriano y de la empresa transnacional ECSA en el proyecto Mirador-Cordillera del Cóndor

A la luz de todo lo analizado y discutido en este trabajo académico, se hace fundamental vincular la teoría con la realidad, o la práctica si se quiere. Encontrar un caso emblemático de posible violación de los derechos humanos por parte del Estado ecuatoriano y de una empresa transnacional y examinarlo más detenidamente, sin duda alguna aporta valiosas conclusiones de cara al análisis del papel del Ecuador en la propuesta de un instrumento internacional vinculante de empresas y derechos humanos.

Para aquello, se ha seleccionado un caso reciente, poco debatido y analizado, pero cuyas afectaciones en el goce de los derechos humanos de ciudadanos ecuatorianos, tiene trascendental importancia. Se trata del proyecto minero Mirador en la Cordillera del Cóndor en Zamora Chinchipe, desarrollado por la compañía minera china Ecuacorriente-ECSA.

Entre 1999 y el año 2000, la empresa Corriente Resources Inc., de Canadá pasó a ser propietaria de varios proyectos de explotación minera en el Ecuador, con un acumulado en territorio de cerca de 60.000 hectáreas, incluyendo cuatro depósitos de cobre y de cobre-oro que son: Mirador, Mirador Norte, Panantza y San Carlos. Esta empresa constituyó las empresas Ecuacorriente S.A (ECSA), ExplorCobre S.A. (EXSA), Puerto Cobre S.A. e HidroCruz S.A. El proyecto Mirador y varios otros territorios ancestrales Shuar y tierras campesinas de Tundayme y el Guismi del cantón El Pangui, en Zamora Chinchipe fueron concesionadas a ECSA.²⁰¹

²⁰¹ Colectivo de Investigación y Acción Psicosocial Ecuador, *La Herida Abierta del Cóndor: Vulneración de derechos, impactos socio-ecológicos y afectaciones psicosociales provocados por la empresa minera china Ecuacorriente S.A. y el Estado ecuatoriano en el Proyecto Mirador* (Quito: El Chasqui Ediciones, 2017), 45.

Después del año 2009, dos compañías de origen chino, la China Railway Construction Corporation y la Tongling Nonferrous Metals Group Holdings Co., adquirieron a la empresa canadiense Corriente Resources Inc., por lo que las empresas constituidas por esta última y sus concesiones pasaron a ser propiedad del consorcio chino. Tres años después, en 2012, el Ministerio del Ambiente otorgó la licencia ambiental para la fase de explotación a la empresa, y el 5 de marzo de 2012, ECSA firmó un contrato con el Estado para explotación minera.²⁰² A continuación se resumen las conductas de la empresa y el Estado que tienen el potencial de constituir abusos o violaciones de los derechos humanos en el marco de este megaproyecto minero.

7.1 Ausencia de información y consulta

Las comunidades que puedan ser afectadas en sus derechos, debido a su cercanía a los proyectos mineros tienen el derecho a ser consultadas por el Estado cuando éste pretenda entregar en concesión el subsuelo, y además deben tener garantizada la participación en la definición de la política pública extractiva, de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República y la propia Ley de Minería. El Estado por otro lado tiene la obligación de otorgar a los consultados, información adecuada en los procesos de consulta, garantizar su participación sin ningún tipo de discriminación, valorar y considerar su opinión, y finalmente reformular las políticas.

Como lo ha sostenido el Colectivo de Investigación Psicosocial, en el caso del proyecto Mirador, el acaparamiento de tierras por parte de la empresa minera ECSA, debido a la falta de información detallada sobre el proyecto, además de la no difusión de los estudios de impacto ambiental, y la socialización discrecional y su falta de oportunidad y pertinencia, configuraría una violación del derecho a la participación y consulta.²⁰³ Además de acuerdo a esta misma fuente, las familias han sido obligadas a salir de sus tierras sin consulta alguna, no recuerdan haber recibido información sobre la necesidad de la empresa minera de usar terrenos de la parroquia rural Tundayme, mucho menos de la posibilidad de desalojos.²⁰⁴ Si bien pudieron existir procesos de socialización, es claro que las personas no recibieron información suficiente sobre la necesidad de la empresa de adquirir y controlar grandes extensiones de terreno para desarrollar su actividad, y que eso los obligaría eventualmente a dejar sus tierras.

²⁰² *Ibíd.*, 50.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*, 55.

Dos estudios más recientes confirman que el Estado ecuatoriano no cumplió con su obligación de consultar,²⁰⁵ no realizó ni la consulta ambiental, ni la consulta previa para pueblos indígenas, pese a que la zona del proyecto intersecta con el territorio ancestral de los indígenas de nacionalidad Shuar. Esto apunta a una presunta violación de los principios de la Constitución de la República, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, los estándares del Convenio 169 de la OIT, y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.²⁰⁶

7.2 Sobre las expropiaciones y servidumbres

De acuerdo con el Colectivo de Investigación Psicosocial, el primer dispositivo de intervención que el Estado y la empresa minera han utilizado para despojar de sus tierras a los habitantes del área de influencia del proyecto minero, han sido las expropiaciones y las servidumbres. La ley de minería declara a la actividad minera como de utilidad pública en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. Por otro lado, la figura llamada servidumbre, permite a las empresas ocupar bienes privados a cambio de una compensación económica y por todo el tiempo que dure la explotación.

Estos dos recursos no admiten oposición de los propietarios afectados, los que solo pueden reclamar en el plano judicial el valor recibido como compensación, es decir el monto de dinero, pero de ninguna manera pueden detener o impedir el proceso de expropiación o de servidumbre.

Las demandas por servidumbre se ejecutaron principalmente en contra de las personas que se negaron a vender sus propiedades, y contra aquellas que han intentado regresar a sus propiedades de las que fueron desalojadas irregularmente. En estos procesos de servidumbre ha actuado el propio Estado a través de la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), que a petición de la empresa aplicó la Ley de Minería de 2009, obligando a las personas a salir de sus tierras y viviendas a cambio de una compensación económica que no cubre la totalidad de las pérdidas materiales e inmateriales provocadas.

Este proceso que tiene carácter administrativo no está a cargo de un juez que pueda tutelar la observancia de derechos, y no admite oposición, lo que tiene el potencial de violentar el derecho a la defensa y al debido proceso; utiliza a la fuerza pública para ejecutar el desalojo como desenlace de este proceso injusto. Inclusive en los desalojos

²⁰⁵ *Ibíd.*, 57.

²⁰⁶ CICDHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 13.

ejecutados por la empresa y el Estado se ha denunciado la irrogación de agresiones físicas y psicológicas en contra de la población.²⁰⁷

El Estado al favorecer la extracción de minerales, pone en riesgo también a las poblaciones que sufren procesos de desplazamientos forzados, amenazando con vulnerar los derechos de propiedad privada y propiedad comunitaria de los territorios ancestrales e indígenas.

7.3. Conflictos sobre la tierra y la vivienda

La empresa minera ECSA con conocimiento y anuncia del Estado ecuatoriano, ha llevado a cabo un proceso continuo de desplazamiento de población que inició en el año 2006 y que continúa hasta la fecha. La empresa ha utilizado varios mecanismos para transformar los derechos de propiedad individuales o colectivos en derechos exclusivos de propiedad de la empresa. En primer lugar, adquiriendo tierras que las familias campesinas e indígenas no habrían vendido voluntariamente, sino bajo un esquema de presión y hostigamiento para concretar la venta; las denuncias apuntan a que la empresa impuso precios, ofreció valores diferenciados por hectáreas, prometió reubicaciones que no se cumplieron, y trabajos en la minera a cambio de la venta.²⁰⁸

Los procesos de compra venta se han producido en un contexto de relaciones desiguales de poder, las cerca de 40 familias afectadas tardaron en darse cuenta de que las negociaciones individuales los perjudicaron, al haberlos dividido. Todo esto ha causado un sentimiento de injusticia generalizado en la población, ya que unas personas fueron mejor pagadas que otras. La empresa ha concentrado gran cantidad de hectáreas, sin que conozca exactamente cuántas le pertenecen y cuántas pueden usar por las servidumbres constituidas en ellas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre pueblos indígenas y tribales, garantizan el derecho que dichos pueblos mantienen sobre sus tierras, territorios y los recursos que de ellas han poseído ancestralmente, y por tanto gozan de protección jurídica, que en este caso en particular habrían sido conculcados.²⁰⁹

7.4. Desalojos

Luego de ejecutados todos los procesos antes descritos, el barrio de San Marcos había prácticamente desaparecido, sin embargo, la población organizada decidió repoblar

²⁰⁷ Colectivo de Investigación y Acción Psicosocial Ecuador, *La Herida Abierta del Cóndor*, 70.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ CICDHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 14.

el barrio, alegando que los procesos de compra venta, servidumbre y demás, habían sido fraudulentos. Un propietario de una gran extensión de terreno de la zona cedió parte de sus terrenos a varios de los pobladores desalojados, para este proceso de repoblación que “ha significado uno de los procesos más relevantes de resistencia social en contra del Proyecto Mirador de los últimos años”.²¹⁰

Entonces, según se denuncia, la empresa minera con apoyo del Estado tomó retaliaciones en contra de los pobladores, ejecutando procesos violentos y forzados de desalojo efectuados por la fuerza pública y personal de seguridad privada de la empresa, sin previo aviso, en medio de la madrugada, con violencia, y causando ingentes daños materiales e inmateriales (como la pérdida de los medios de vida, los enseres de la cocina, menaje de casa, etc.)

En todos estos procesos de desalojo las personas perdieron gran cantidad de objetos: efectos personales, documentos, objetos de valor sentimental, herramientas de trabajo, y demás, afectando su derecho a una vida digna y libre de violencia. Se ha de recalcar que sobre estas pérdidas no se ha levantado ni inventario, peor aún, iniciado procesos de reparación o indemnización. Posterior a estos desalojos, las personas no han tenido a dónde ir, no se instalaron albergues temporales, ni hubo procesos de reubicación, las personas se vieron forzadas a sobrevivir por sus propios medios, a guardar las pocas cosas que salvaron, y a encontrar lugares donde guarecer los días siguientes, hasta tomar decisiones más definitivas.

Debido a este desplazamiento involuntario, los pobladores demandaron a la empresa y al Estado, por violentar el derecho a la vivienda adecuada, proceso judicial que aún se encuentra ventilando en el país. La Comunidad Amazónica de Acción Social Cordillera del Cóndor Mirador “CASCOMI” demandó al Estado ecuatoriano y a la empresa ECSA a través de una acción de protección, alegando varias violaciones de sus derechos humanos y constitucionales, las que se derivan principalmente de la falta de consulta en los términos que ya se han señalado. Dicha acción de protección fue negada por el juez de primera de instancia, y ratificada en apelación por la Corte Provincial. La justicia ha señalado que no existe violación de derechos constitucionales, y que la acción de protección no es la vía adecuada para la reclamación objeto de la demanda.^{211 212}

²¹⁰ Colectivo de Investigación y Acción Psicosocial Ecuador, *La Herida Abierta del Cóndor*, 73.

²¹¹ CICDHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 14.

²¹² Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, “Sentencia”, en *Juicio N°:17371-2018-00394*, 7 de junio de 2019.

7.5. Responsabilidades del Estado ecuatoriano y la empresa minera ECSA por las violaciones de los derechos humanos en el proyecto Mirador

7.5.1 El Estado

El gobierno central representado por el presidente de la República (en aquel tiempo Rafael Correa Delgado y ahora Lenin Moreno Garcés), cuyo rol como motivador, facilitador, y/o impulsor de la política minera de puertas abiertas, dio paso a la entrada de las empresas mineras transnacionales, tendría, responsabilidad por las violaciones presentadas en este marco de concesiones mineras. El Estado a través de la presidencia de la República y la ARCOM ha fijado una política que facilitó la concentración de tierras por parte de la empresa minera, y en consecuencia ha autorizado, consentido, y actuado en los procesos de constitución de servidumbres, y desalojos.

El gobierno central a través de sus distintas instituciones actuó en menoscabo de los derechos de las personas, varios fueron los Ministerios que con sus actos o sus omisiones podrían haber causado un daño o un potencial daño en los habitantes del área de influencia del proyecto Mirador. La ARCOM, actuó diligentemente en la constitución de servidumbres y en las expropiaciones, sin verificar si se realizó un adecuado proceso de consulta y participación, en el que se haya informado sobre la necesidad de imponer dichos gravámenes a la propiedad.

El Estado ecuatoriano ha creado un marco jurídico, político, e institucional que promueve y facilita la extracción de minerales metálicos a gran escala. En este contexto se encuentran atravesados los territorios en disputa, que históricamente han estado en conflicto, y que hoy por hoy estarían siendo acaparados por la empresa transnacional minera.

El Estado habría provocado en esta medida una tensión entre la propiedad individual privada o la colectiva, frente a la propiedad del subsuelo, favoreciendo a la extracción de los minerales metálicos del subsuelo a gran escala y potencialmente violentando los derechos humanos de las poblaciones afectadas por los proyectos mineros.

El Estado habría omitido su deber de proteger a las familias, dejando en la impunidad estas actuaciones fraudulentas de la compañía frente a los desplazamientos arbitrarios.

CICDHA señala que el Estado también habría violentado el derecho a la reunión pacífica, a la protesta y a la asociación, limitando irrazonablemente el derecho a la

protesta de los afectados por la actividad minera, que habrían sido encarcelados por este hecho, Soliz señala que la oposición a la firma del contrato con la minera ECSA, causó el encarcelamiento de varias mujeres ecofeministas en el año 2012.²¹³

7.5.2 La empresa

Conforme a las fuentes ya citadas, La empresa minera ha utilizado varios mecanismos para despojar de sus tierras a los habitantes del área de influencia del proyecto minero, tales como las expropiaciones y las servidumbres. El acaparamiento de tierras por parte de la empresa minera ECSA, efectuado, según se ha denunciado, mediante compras fraudulentas, la compra forzada y hasta posibles estafas, daría cuenta de la violación del derecho a la propiedad privada y comunitaria de esta ETN.

De la misma forma, ECSA se presume que ha ingresado a las propiedades de manera ilegal y arbitraria con el objeto de iniciar actividades para la explotación de los minerales del proyecto Mirador, sin que antes hayan mediado consultas a la comunidad, entrega de información certera, lo que potencialmente violentaría también el derecho a la propiedad privada y comunitaria.

La ausencia de consulta a las comunidades afectadas, y en consecuencia la falta de información oportuna y pertinente implica que la empresa no cumplió con su obligación de informar adecuadamente a la comunidad sobre el proyecto minero, tal como mandan las normas internacionales y nacionales respecto de la materia, más aún tomando en cuenta que se trata de nacionalidades y pueblos indígenas protegidos en el marco de los convenios de la OIT. Esta falta de información habría violentado derechos humanos y fundamentales, especialmente al coartar su derecho a interponer reclamos o demandas ante la intención de explotar sus tierras.

El Colectivo de Investigación Psicosocial denuncia, la empresa minera con apoyo del Estado tomó retaliaciones en contra de los pobladores, ejecutando procesos violentos y forzados de desalojo efectuados por la fuerza pública y personal de seguridad privada de la empresa, atentando contra la seguridad y la libertad de las personas, y sometiénolas además a tratos crueles, inhumanos y degradantes, afectando además su salud física y mental. Estos hechos atacan además directamente al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, y su domicilio.

²¹³ María Fernanda Soliz, *Lo que la mina se llevó: Estudio de impactos psicosociales y socioecosistémicos tras la salida de la empresa Kinross en las comunidades ubicadas en la zona de influencia directa del Proyecto Fruta del Norte* (Quito: Ediciones La Tierra, 2016), 45

Ha de destacarse, además, que conforme lo refieren varias organizaciones, la empresa minera habría encubierto el posible asesinato del líder shuar antiminero José Tendetza según señalan sus denunciantes.²¹⁴ El líder shuar desapareció un 28 de noviembre del 2014 cuando se dirigía a una importante reunión con funcionarios del Ministerio de Minas, de Ambiente y de la ARCOM, sin embargo, nunca llegó. El 2 de diciembre del 2014 fue hallado muerto en la zona de influencia del proyecto Mirador. En una segunda autopsia que se le efectuó se determinó que se trató de una muerte con violencia y con signos de asfixiamiento, inclusive el Ministerio del Interior indicó que fue un asesinato.²¹⁵

En las pericias respectivas se concluyó que Tendetza fue víctima de secuestro, tortura y muerte violenta, y en las posibles causas del asesinato se informó acerca de agresores pagados.²¹⁶ En el contexto de violencia que ECSA habría provocado según sus denunciantes, en la zona de influencia del proyecto Mirador, la muerte violenta de un líder shuar anti minero genera dudas y hace más probable que se deba a su actividad de defensor de los derechos humanos y de la naturaleza²¹⁷. Tendetza había presentado varias denuncias en contra de ECSA, y además iba a participar en la audiencia del Tribunal de los Derechos de la Naturaleza en la Cumbre de los Pueblos COP20 en Lima, sin embargo, no llegó para él ese día.²¹⁸ El caso no se ha tratado como es debido en la justicia del país, y por aquello se ha presentado una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se encuentra en fase de admisión.²¹⁹ Esto implicaría además en el caso de comprobarse un involucramiento de la empresa, que ésta violó el derecho a la vida y privó a la familia del líder shuar de sustento, protección y de truncar su proyecto de vida.

En materia laboral, el CIDHHA reseña que los trabajadores han denunciado, “[...] maltrato, despidos ilegales y accidentes previsibles en el lugar de trabajo [...]”²²⁰ Se ha denunciado también la muerte de varios trabajadores, en accidentes laborales que no han sido del todo esclarecidos, y que demuestran la falta de protocolos de seguridad y de políticas de salud y seguridad ocupacional y que podrían comportar también para la empresa violaciones del derecho a la vida y conexos.^{221 222}

²¹⁴ CIDHHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 14.

²¹⁵ Colectivo de Investigación y Acción Psicosocial Ecuador, *La Herida Abierta del Cóndor*, 215.

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ CIDHHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 16

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*, 19.

²²¹ El Universo, “Nuevo fallecido por accidente laboral en proyecto minero Mirador”, *El Universo*, 7 de septiembre de 2019, <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/09/07/nota/7507570/nuevo-fallecido-accidente-laboral-proyecto-minero-mirador>.

²²² CIDHHA, “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”, 19.

El proyecto minero Mirador también provoca una importante cantidad de afectaciones ambientales de responsabilidad de la empresa minera ECSA. Se han descrito afectaciones a los recursos hídricos, especialmente por contaminación del agua de los ríos que abastecen a los habitantes de la zona de influencia del proyecto minero, ríos que están contaminados con gran cantidad de material químico y tierra, y que han provocado la muerte de los peces que constituían la fuente de alimento de los pobladores de la zona.
223

Paola Granizo Riquetti en su estudio titulado “El Campo Minado de la Salud” recoge los principales efectos nocivos que el proyecto minero Mirador tiene sobre los ecosistemas y la salud de la población. Sobre lo señalado, Riquetti indica que la desaparición de los peces ha incidido directamente en la alimentación de las familias, que han sufrido un cambio significativo en su dieta que era rica en fibras y proteínas, ergo, bastante equilibrada.²²⁴

En la misma línea de lo dicho, la investigadora ha concluido que los impactos psicosociales en la población de influencia directa del proyecto son evidentes, y que además existen afectaciones fisiológicas comprobables.

Destaca además que el proyecto Mirador ha destruido la biodiversidad de la zona de forma irreparable e irreversible, debido principalmente a la deforestación ya señalada que ha causado un desequilibrio en los ecosistemas. Para la investigadora la pérdida de los bosques tiene relación directa con la pérdida de la riqueza y abundancia de especies.
225

También existe una importante deforestación, particularmente en los cerros que han sido utilizados por la empresa para diversas actividades, y que al ser desbrozados han provocado la huida de los animales y la muerte de importante flora, comprometiéndose directamente la biodiversidad de la zona, y por tanto una posible violación de los derechos de la naturaleza.²²⁶

Para la construcción de Mirador ha sido necesario cortar 1300 hectáreas de bosque entre el 2009 y 2017, sin embargo, la concesión completa abarca 9000 hectáreas. Del total del material extraído, aproximadamente 60.000 toneladas, el 98%, algo así como 58.800

²²³ *Ibíd.*, 124.

²²⁴ Plan V, “El estudio que revela cómo el minero Proyecto Mirador afecta a la salud de los moradores”, *Plan V*, 25 de noviembre de 2019, <https://www.planv.com.ec/historias/politica/el-estudio-que-revela-como-el-minero-proyecto-mirador-afecta-la-salud-moradores>.

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ *Ibíd.*, 127

toneladas son desechos mineros cuyo contenido es alto en metales pesados, los que son almacenados en las piscinas de relaves.²²⁷

Se ha registrado así mismo un aumento en la contaminación atmosférica y acústica, por el tránsito de los vehículos pesados por los caminos de tierra que levantan nubes de polvo que afectan a la salud de grandes y pequeños, además de causar vibraciones y sonidos estridentes a los que no estaban acostumbrados en esta tranquila parroquia.²²⁸

El Ministerio del Ambiente (MAE) también ha observado varios problemas en el proyecto minero que pudieren causar graves afectaciones al ambiente. En el año 2018, el MAE ordenó la suspensión temporal de las obras en el proyecto Mirador debido a observaciones relacionadas con el manejo ambiental del mismo, que ECSA debía resolver. La primera observación se relaciona a la planta de beneficio donde se procesan los minerales, y la segunda, la relavera que es el lugar de depósito de los desechos. En estas zonas se estaban realizando trabajos sin contar con todos los permisos ambientales. Pero además posteriormente se identificaron 31 incumplimientos adicionales que obligaron a paralizar cerca del 40% de la obra. Algunos de estos 31 incumplimientos eran: la falta de revegetación de los taludes y las áreas afectadas, el transporte de material sin cubierta de protección, el incorrecto almacenamiento de combustibles, el mantenimiento de maquinaria en sitios no autorizados, y además la falta de obtención del permiso para la modificación del cauce del Río Tundayme, necesario para el proyecto minero.²²⁹

La investigadora también señala que el proyecto Mirador ha causado la pérdida de los medios de vida tradicionales de los pobladores, lo que ha contribuido al desempleo y a la disminución de la mano de obra local dedicada a actividades diferentes a las extractivas.

La comunidad ha tenido problemas y cambios en su *modus vivendi*, ya que si antes tenían un ambiente donde primaba la paz y la cordialidad, hoy solo existe desconfianza e insidia. La organización y la cohesión de la comunidad se han visto seriamente afectadas por el proyecto minero.

Además, la presencia de la minera ha provocado importantes impactos en la salud de los pobladores, ya que el acceso a plantas medicinales que eran tradicionalmente

²²⁷ Plan V, “El estudio que revela cómo el minero Proyecto Mirador afecta a la salud”.

²²⁸ *Ibid.*, 128.

²²⁹ El Comercio, “Tarcisio Granizo: Mientras no se subsanen 14 observaciones en Mirador, no se levantará suspensión”, *El Comercio*, 16 de mayo de 2018, <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministerio-tarsisio-granizo-observaciones-mirador-mineria.html>.

utilizadas para curar enfermedades, tales como “la sangre de drago”, ha sido limitada debido a su localización geográfica en la zona de explotación del proyecto. Esto sumado a la aparición del alcoholismo y la drogadicción que han aumentado considerablemente y que han traído consigo más violencia, ha desencadenado graves problemas de salud en una población que gozaba de una buena condición física y mental.²³⁰

Soliz sostiene que las comunidades afectadas por los proyectos mineros como Mirador o Fruta de Norte, mantienen “modelos de relación y cosmovisión biométricos”²³¹ además de relaciones antropocéntricas, que conciben a la naturaleza como un recurso estratégico para su supervivencia. De allí que la afectación a la naturaleza también signifique una afectación a los derechos de las personas que dependen de ella.

Subraya de igual forma Soliz, que en contrario a la promesa vana de progreso que suele traer consigo la minería, el saldo tras varios años de minería es mayor pobreza, puesto que, en lugar de ser una herramienta para salir de ella, termina agudizándola. Sus estudios muestran altos índices de analfabetismo estructural, es decir de personas que no saben leer ni escribir, y que consecuentemente dependen de su fuerza y mano de obra que consideran “temporal, removible, barata y explotada”. En este escenario, la posibilidad de reclamar por sus derechos, o por negligencias de la empresa es nula, ya que están condicionados a mantener su puesto de trabajo.²³²

Finalmente puede concluirse que la empresa minera ECSA podría ser responsable por la violación de un amplio catálogo de derechos humanos y también de la naturaleza, tal como se ha descrito en estas líneas, violaciones que comportarían tanto su responsabilidad, como la del propio Estado ecuatoriano.

²³⁰ Plan V, “El estudio que revela cómo el minero Proyecto Mirador afecta a la salud”.

²³¹ Soliz, *Lo que la mina se llevó*, 73.

²³² *Ibíd.*

Capítulo tercero

El instrumento internacional jurídicamente vinculante de empresas y derechos humanos

El propósito de este capítulo es efectuar un análisis más prolijo de la propuesta de tratado que se ha venido construyendo al interior del Grupo de Trabajo sobre las Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Como ya se ha mencionado, en el año 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas resolvió crear el grupo de trabajo antes señalado, con un mandato claro que apunta hacia la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. El análisis de la propuesta de tratado viene dada por los comentarios de varias organizaciones y personas con conocimiento de la cuestión, quienes han compartido sus observaciones a través de distintas fuentes; comentarios que son también estudiados y contrastados con las opiniones del autor. Este capítulo contiene importantes fuentes primarias ya que incluye entrevistas a los actores que gravitan esta temática, en especial el sector empresarial y el Estado quienes han respondido inquietudes acerca de la propuesta de tratado y la relación de empresa y derechos humanos. Finalmente se hace un recuento de los principales elementos sobre los que descansa la propuesta de instrumento jurídicamente vinculante, el rol del Estado ecuatoriano y de la sociedad civil.

1. Antecedentes del tratado internacional de empresas y derechos humanos

En 2011 al finalizar el trabajo del consultor Jhon Ruggie con la presentación de los principios rectores en el seno del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, surgió la propuesta por parte de Noruega de “endosar” dichos principios, es decir, que las Naciones Unidas adoptaran estos principios como la herramienta para regular lo que hasta la presente fecha es elusivo, la responsabilidad de las empresas transnacionales, lo que provocó que varias organizaciones de la sociedad civil hicieran lobby con varias delegaciones diplomáticas, entre esas, Ecuador, previniendo que dicha adopción no zanjaría el debate iniciado en la década de los 70, y que no se encontraría en estos principios la solución a la problemática. Ecuador entendió las razones que presentaba la sociedad civil, especialmente en cuanto a que esta adopción significaría terminar el debate

de las empresas y los derechos humanos, dejando a las empresas a su libre albedrío, la aplicación o no, el respeto o no de los principios rectores.²³³

Humberto Cantú resume de manera muy precisa el sentimiento que la adopción de los principios rectores de Ruggie despertó en muchos actores, dada la débil convicción de establecer obligaciones jurídicas para las empresas, y la casi imposible tarea de monitorear la actividad de millones de empresas en todo el mundo. Las inquietudes en torno a este proceso tuvieron su capitalización entre 2013 y 2014, cuando muchos países propugnaban la necesidad de adoptar un instrumento jurídicamente vinculante, aun cuando esto suponía una amenaza al consenso que tardó cuarenta años en alcanzarse y que se cristalizó en la emisión de los principios rectores.²³⁴

Luis Espinosa comenta que esto, sumado a dos casos emblemáticos que se presentaron en este mismo período, motivaron a Ecuador a presentar dicha propuesta. El primero sobre la reactivación del caso Chevron- Texaco en el Ecuador, un caso entre miles, de afectación a los derechos de las personas y la naturaleza, de irresponsabilidad de la empresa transnacional, e indefensión de las víctimas, que reavivó el debate sobre la responsabilidad empresarial. Y el segundo, el caso de Rana Plaza en Bangladesh, en el 2013, que provocó la muerte de más de mil personas, y otros tantos miles de heridos, debido al colapso de un centro comercial donde operaban maquilas de muchas grandes y famosas marcas textiles del mundo, como Zara, el Corte Inglés, entre otras, y que dejó al desnudo los abusos de las empresas y su falta de responsabilidad frente a hechos como este. Las empresas estuvieron renuentes a crear un fondo para indemnizar a las familias de los fallecidos y a los heridos del suceso, por lo que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) creó un Comité que pretendía recoger cerca de 45 millones de dólares para las indemnizaciones, pero no llegó a recaudar ni 30 millones, entregando como gran logro, 600 dólares a cada familia.²³⁵

En 2014 el Ecuador junto con Sudáfrica lideraron un grupo de países miembros de las Naciones Unidas, quienes, a través de una resolución (26/9) motivaron la creación de este grupo de trabajo intergubernamental, que está a cargo de la redacción de la

²³³ Luis Espinosa Salas, entrevistado por el autor, 10 de febrero de 2020. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 2.

²³⁴ Humberto Cantú Rivera, “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*, n° 16 (2016):429, <https://www.elsevier.es/es-revista-anuario-mexicano-derecho-internacional-74-pdf-S1870465417300132>.

²³⁵ Espinosa, entrevista del autor.

propuesta de tratado internacional. Para el Ecuador, toda violación de los derechos humanos provocada por la acción u omisión de las empresas transnacionales debe estar prevista en el instrumento jurídico internacional, el que debe contemplar mecanismos para corregir progresivamente el desequilibrio existente entre el poder de las empresas y el de las víctimas de derechos humanos respecto del acceso a recursos para la regulación, mitigación y reparación.²³⁶

María Fernanda Espinosa, quien se desempeñó como representante del Ecuador ante la ONU en este mismo período, expuso la motivación del gobierno ecuatoriano para hacer dicha propuesta en los siguientes términos:

Hasta el momento no teníamos un instrumento internacional vinculante, o sea obligatorio, que establezca un equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de las transnacionales para que cumplan estándares de Derechos Humanos y estándares ambientales.

Esto es una respuesta estructural porque los mecanismos de arbitraje internacional y los tratados bilaterales de protección de inversiones, lo que hacen básicamente es poner la balanza a favor de las transnacionales, en detrimento de los pueblos y de las víctimas. Las transnacionales han adquirido un enorme poder y no hay un contrabalance.²³⁷

Ciertamente la negociación con los países en el seno del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, y de la misma Asamblea General, no fue fácil para el Ecuador, la misión diplomática tuvo que sortear el complejo entramado de las relaciones internacionales para conseguir que el número suficiente de países apoyara su propuesta. Era claro que los países llamados *homestates* iban a votar en contra, ya que siempre se han inclinado por opciones no vinculantes. El Ecuador no logró el respaldo de todos los países latinoamericanos, únicamente Venezuela y Cuba votaron a favor de la propuesta, México, Argentina, Brasil, Chile, Perú y Costa Rica se abstuvieron, y se requirió del apoyo de países africanos y asiáticos para la aceptación de la resolución, de los 20 votos a favor, 10 votos fueron africanos, 7 asiáticos, 2 latinoamericanos, y Rusia, no se sumó ningún país europeo.²³⁸

Lo posición adoptada por los países que impulsaron la resolución presentada por el Ecuador, ha versado en los siguientes argumentos: se menciona en primer lugar que

²³⁶ Ecuador Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, “Estados negocian tratado sobre empresas transnacionales y derechos humanos”, *Ministerio de Relaciones Exteriores*, accedido 16 de junio de 2017, <https://www.cancilleria.gob.ec/estados-negocian-tratado-sobre-empresas-transnacionales-y-derechos-humanos/>.

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ Red Internacional de Derechos Humanos, “El camino hacia una convención sobre empresas y derechos humanos”, 14 de julio de 2014, párr. 8, <https://ridh.org/news/el-camino-hacia-una-convencion-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>.

desde hace varias décadas las empresas violentan los derechos humanos de millones de personas que aún esperan reconocimiento y reparación. Además, que la expedición del tratado regulador no riñe con los principios rectores de Ruggie, ya que serían una opción complementaria, y que en lugar de desplazarlos los fortalecería, reconociendo eso sí que los principios han tenido importantes limitaciones y poco impacto en la reparación de las víctimas. Señalan que las ETN son los principales agentes de la globalización y poseedores de las mayores riquezas del mundo, por lo que no pueden operar en un vacío legal. Manifiestan que existe una notable asimetría en las capacidades de los Estados del Norte y los del Sur cuando de exigir el respeto de sus legislaciones se trata, recuerdan que existen ETN's cuyo capital supera al PIB del país confrontado, por lo que obligarlas a rendir cuentas es muy difícil.²³⁹

Del otro lado está la posición de los países más desarrollados, liderados por Noruega y Argentina, quienes detentan una posición más moderada, resistente a la creación de un instrumento jurídico de las características del propuesto, quienes aprobaron la resolución 26/22 que encomienda especialmente difundir y promover los principios rectores. Para estos países los principales argumentos para no avanzar en la construcción el tratado serían: en primera instancia que los Estados no han tenido el tiempo suficiente para aplicar los principios rectores que recientemente han empezado a rendir sus frutos. Comparten el argumento de que es necesario avanzar más, ya que lo construido hasta la fecha no es suficiente para solucionar la problemática, pero la prematura creación de un tratado les preocupa ya que podría traer consigo efectos contraproducentes. Respecto de la aplicación, indican que habría muchas dificultades debido a que las empresas no estarían obligadas a cumplir reglas internacionales, ya que no son sujetos del derecho internacional, sino los Estados. Los esfuerzos invertidos por las empresas hasta hoy ya no serían los mismos si ven que los Estados están divididos en sus posiciones respecto de su responsabilidad. Finalmente expresan que la regulación de las actividades de las empresas debe darse en cada país y mediante su legislación, por lo que la robustez de ésta podría garantizar que no se cometan más abusos.²⁴⁰

Preocupa la adopción de ambas resoluciones ya que minaría el consenso logrado con la adopción de los principios rectores, y los esfuerzos de empresas y gobiernos en su cumplimiento. Sin embargo, el mismo Jhon Ruggie ha sostenido que los principios rectores sientan las bases para la adopción de un tratado internacional en la materia, por

²³⁹ Ecuador Ministerio de Relaciones Exteriores, "Estados negocian tratado".

²⁴⁰ Red Internacional de Derechos Humanos, "El camino hacia una convención".

lo que son ideas complementarias que permiten generar desarrollos jurídicos y prácticos futuros.²⁴¹

Para el Ecuador, esta sería la más ambiciosa empresa que ha emprendido en el ámbito internacional, la iniciativa global más importante, pero también incomprendida, ya que las voces empresariales apuntan a que esta posición del Ecuador ha ahuyentado la inversión del país, empero, Espinosa aclara que su propósito no es ahuyentar las inversiones, sino que estas sean de calidad, que los inversionistas cumplan con los parámetros de los derechos humanos tal como lo hacen en su país. Su fin último parecería ser el entregar a las víctimas de los abusos por parte de las empresas, una herramienta que prevenga la indefensión en la que se encuentran por el desbalance al momento que tratan de hacer justicia, la idea es poner a las víctimas al mismo nivel que su contendor jurídico para darle las mismas armas, con las que cuenta la empresa. Esto sucede por ejemplo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde víctimas, casi indigentes han llegado hasta la Corte Interamericana y han hecho valer sus derechos frente a sus Estados, a sabiendas que hay una diferencia de fuerzas bastante notable.²⁴²

Entrando en materia, se hace preciso señalar que, en cuanto a la propuesta del instrumento jurídico internacional, hasta la fecha de redacción de este apartado, el Estado ecuatoriano no ha remitido, ni ha presentado públicamente un borrador oficial de la propuesta de tratado. De hecho, el único texto al que se tiene acceso, y sobre el cual versa el análisis en este capítulo, es el presentado por el Grupo de Trabajo el 16 de julio de 2018 denominado “Borrador cero”, cuyo texto original en inglés ha sido traducido de forma oficiosa por la ONG de la Alianza del Tratado.²⁴³

Sin embargo, debe aclararse que debido a la condición del Ecuador como presidente del Grupo de Trabajo, se entiende que una vez finalizadas las discusiones en el grupo, y si así lo estima conveniente, presentará, en su calidad de negociador principal, una propuesta de instrumento jurídicamente vinculante al Consejo de Derechos Humanos y al seno de la ONU. Es importante también mencionar que parecería ser que la posición del país fue malentendida desde el principio, ya que su propuesta no era entregar un documento con la propuesta a los países, sino elaborar en el marco del trabajo del grupo creado para el efecto, una propuesta de tratado para su discusión y posterior adopción.²⁴⁴

²⁴¹ Cantú, “Hacia un tratado internacional”, 4.

²⁴² Espinosa, entrevista del autor.

²⁴³ Bussines & Human Rights Centre, “Tratado vinculante”, *Bussines & Human Rights Centre*, accedido el 12 de octubre de 2019, <https://www.business-humanrights.org/es/tratado-vinculante>.

²⁴⁴ Espinosa, entrevista del autor.

Se fijarán inicialmente algunas consideraciones previas respecto de la propuesta del instrumento jurídico internacional, en relación con los contenidos que se ha sugerido debería tener, o si se quiere los puntos neurálgicos que debe topar, esto contrastado con el propio criterio con base al análisis que se ha hecho en este trabajo.

2. Consideraciones previas a la discusión de la propuesta de tratado internacional de empresas y derechos humanos

Hay varios temas que se deben recoger necesariamente en el tratado internacional de empresas y derechos humanos para que este pueda ser vigoroso y efectivo. Se trata de nervios centrales que constituyen el núcleo central del instrumento jurídico, y que básicamente recogen el por qué, y el cómo las empresas se obligarán a respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en sus actividades.

La “Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad”, y la “Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, dismantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad” hacen un esbozo de las cuestiones fundamentales que el tratado internacional debe establecer para el control y regulación de las ETN con relación a los derechos humanos, estas cuestiones se presentan a manera de propuestas.

La primera propuesta se refiere a los sujetos obligados del tratado; señalan que el tratado debe enfocarse en las ETN, que como actores poderosos e influyentes que son en la sociedad mundial, causan numerosos impactos negativos en los derechos humanos a través de sus actividades, directa o indirectamente.²⁴⁵ El vacío legal que se produce por esta dicotomía legislación nacional e internacional, y el escogimiento estratégico de ciertas empresas sobre dónde hacen cada actividad, dónde asientan su matriz, dónde se toman las decisiones, dónde se manejan los recursos financieros, y dónde asientan sus cadenas de producción, provoca la evasión de la responsabilidad, y hace necesaria la creación de una norma internacional con carácter vinculante y universal que considere a estas empresas como sujetos obligados para con los derechos humanos.

Humberto Cantú señala que a pesar de que se ha intentado definir a las empresas transnacionales, estrictamente hablando estas no existen en el ámbito jurídico, ya que

²⁴⁵ Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad, “8 propuestas para el instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre Empresas Transnacionales (ETNs) y Derechos Humanos”, *Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad*, “8 propuestas para el instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre Empresas Transnacionales (ETNs) y Derechos Humanos”, junio de 2015, <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/11/CampaignSubmission-ES-jul2015.pdf>.

adoptan la forma empresarial que más convenga según la legislación de cada país, tal como reseñaba Briceño,²⁴⁶ por lo que hacer un tratado para regularlas no sería un ejercicio con una clara finalidad. Considera pertinente dirigir la regulación a las conductas de las empresas que generan impactos negativos en las personas, es decir regular el acto violatorio antes que al actor.²⁴⁷

Quizás sea adecuado incluir las dos definiciones, tanto de los sujetos como de los actos que están incluidos en la regulación, los que deben apuntar inequívocamente a las empresas transnacionales, pero también a otras empresas, aunque no sean transnacionales, y en general a empresas privadas o públicas. El documento de la Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos insiste en que las ETN son personas jurídicas y por lo tanto sujetos de derechos y obligaciones, ergo sujetos también de las reglas jurídicas aplicables para ellas y sus directivos.²⁴⁸ Criterio que es por demás acertado, dado que las empresas como personas jurídicas son sujeto de derechos, tal como concluían varios de los autores citados que señalan enfáticamente que las personas privadas tienen calidad de sujetos internacionales,²⁴⁹ y por tanto también deben ser sujetos de obligaciones y responsabilidades. Inclusive recuerda el autor Humberto Cantú, que ya existen tratados como el “Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por Hidrocarburos” que han establecido obligaciones jurídicas directas en materia de reparación a cargo de las empresas, y donde el Estado tiene un papel muy marginal y poco importante.²⁵⁰

La segunda propuesta se refiere a reafirmar en el instrumento la obligación de las ETN de respetar todos los derechos humanos. Esto significa para las empresas la obligación de respetar un amplio marco de derechos humanos, establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, los Pactos de derechos civiles y políticos, económicos sociales y culturales, y en general todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. En particular llaman a establecer obligaciones específicas para con el derecho a la vida, al trabajo, a la

²⁴⁶ Briceño, *Responsabilidad ambiental objetiva*, 21.

²⁴⁷ Cantú, “Hacia un tratado internacional”, 7.

²⁴⁸ Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad, “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales en la ONU, avances para detener la impunidad corporativa”, *Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad*, octubre de 2016, <https://www.tni.org/es/publicacion/construyendo-un-tratado-sobre-derechos-humanos-y-transnacionales-en-la-onu>.

²⁴⁹ Barberis, “Las corporaciones económicas internacionales”, 20.

²⁵⁰ Cantú, “Hacia un tratado internacional”, 5.

alimentación, al agua, a la vivienda, a un medio ambiente sano, a la libertad de expresión y opinión, a la asociación, a la no discriminación, entre otros.²⁵¹ Existen empero, pretensiones de marcar el ámbito del tratado solamente en las violaciones más graves a los derechos humanos, que tienen una aceptación universal para prohibir o perseguir. Sin embargo, Cantú recuerda que las empresas están involucradas en violaciones que no son siempre graves, como las torturas, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, sino en conductas que impactan derechos como la salud, el trabajo, el agua, alimentación, entre otros. Otra crítica que hace es que adoptar un tratado que se enfoca en un grupo pequeño de “graves” violaciones, podría sugerir la existencia de una jerarquía en los derechos humanos que no existe.²⁵² Con esto se reafirma el criterio de que las ETN tienen la obligación de respetar los derechos humanos (todos los derechos humanos sin jerarquización alguna o enfoque), según lo ha dicho además el propio Consejo de Derechos Humanos, por lo que habría que precisar en este instrumento cuáles son las obligaciones de las empresas derivadas de esta premisa.²⁵³

La obligación de respetar los derechos humanos debe garantizar que las empresas obliguen a que sus filiales, cadena de producción, maquilas, franquicias, subcontratistas, proveedores, y en general todo el que esté ligado a la empresa, también respeten los derechos humanos, de esta forma, las empresas podrán ser responsabilizadas por las violaciones a los derechos humanos que cometieran directa o indirectamente. Con esto se superaría la arquitectura de impunidad²⁵⁴ que las empresas han construido a través de estos lazos de los que hablaba Sanguineti,²⁵⁵ y que les permite eludir su responsabilidad. El instrumento debe además incluir la prohibición para las empresas de cometer crímenes de lesa humanidad, genocidio, desapariciones, tortura, desplazamientos forzosos, ejecuciones extrajudiciales, y en general violaciones del derecho internacional humanitario y las previstas en el Estatuto de Roma. El tratado debería incluir la obligación de las empresas de no colaborar de cualquier forma (económica, financiera, prestación de servicios) con otras empresas, entidades, instituciones, gobiernos o personas que cometan violaciones de los derechos humanos.²⁵⁶

²⁵¹ Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo, “8 propuestas para el instrumento internacional”, 5-6.

²⁵² Cantú, “Hacia un tratado internacional”, 7.

²⁵³ Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales”, 6.

²⁵⁴ Gutiérrez, *Poderes Salvajes, Lex Mercatoria y derechos sociales*, 217.

²⁵⁵ Sanguineti, “La tutela de los derechos fundamentales”, 6.

²⁵⁶ Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo, “8 propuestas para el instrumento internacional”, 6.

Las empresas como las primeras generadoras de empleo de los países tienen la obligación de generar empleos decentes y seguros, y así contribuir a la economía local, debe prohibirse el que recurran a prácticas abusivas y atentatorias de los derechos como el trabajo infantil o el trabajo forzoso. En general, las empresas deben garantizar a sus trabajadores todos los derechos reconocidos tanto internacional como nacionalmente.

Obligación de diametral importancia, dada la arquitectura de los negocios de las transnacionales, es que las ETN cumplan con el pago de precios justos y razonables y respeten los derechos laborales, sociales, económicos, culturales y demás, de sus cadenas de producción, proveedores, subcontratistas y todos aquellos que trabajen ligados a las empresas.²⁵⁷ Solamente obligando a las empresas grandes a transmitir a las empresas más pequeñas (proveedores y subcontratistas) manuales de conducta estrictos en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos, se consigue un cambio en esta denominada “arquitectura de la impunidad” de la que se ha hablado, y se transforme en la “arquitectura de la responsabilidad”.

Una tercera propuesta formulada por este grupo se refiere a que el instrumento internacional debe afirmar la obligación de los Estados de proteger a sus ciudadanos de las violaciones de derechos humanos cometidas por las ETN y debe codificar además sus obligaciones extraterritoriales al respecto. Los Estados deben establecer mecanismos efectivos a nivel nacional que posibiliten no solo el acceso a la justicia, sino además la reparación a las víctimas. Adicional, los Estados deben asumir la obligación de proteger a los defensores de derechos humanos que trabajan en el ámbito de las empresas, impidiendo que se criminalice sus actividades. Se destaca que el borrador revisado del tratado brinda mayor reconocimiento y protección a los defensores de derechos humanos, lo que se refleja tanto en el preámbulo como en el propio cuerpo del instrumento.²⁵⁸ En opinión de la Campaña para reivindicar la soberanía de los pueblos, la efectiva protección de los derechos humanos requiere que las ETN no violen los derechos humanos en donde quiera que estas se asienten. Recuerdan que en virtud de los principios de Maastricht sobre Obligaciones Extraterritoriales en materia de DESC y según el derecho

²⁵⁷ *Ibíd.*, 7.

²⁵⁸ *Ágora: inteligencia colectiva para la sociedad*, “¿Estamos más cerca? Nuevo borrador de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos”, *Ágora: inteligencia colectiva para la sociedad*, 17 de octubre de 2019, <https://www.agorarsc.org/estamos-mas-cerca-nuevo-borrador-de-un-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>.

internacional, las ETN tienen obligación de respetar, proteger, cumplir los derechos humanos, y remediar cuando se presenten violaciones.²⁵⁹

Recogen además una serie de recomendaciones de varios órganos de tratados y pactos, que ratifican que los Estados tienen la obligación de anunciar a todas las ETN domiciliadas y asentadas en su territorio lo que se espera de ellas con relación al respeto de los derechos humanos, y adicionalmente que las actividades extraterritoriales de las ETN deben ser reguladas por los Estados de origen o sede de las empresas.²⁶⁰

En esta medida, los Estados deben obligarse a que las empresas que tengan su matriz en su territorio respeten los derechos humanos, el derecho internacional del trabajo, las normas de protección ambiental cuando operen en el exterior. El tratado tiene que definir de qué manera se hace efectiva esta responsabilidad extraterritorial.²⁶¹

Sobre esta propuesta la Red DESC comenta que la nueva versión del borrador cero no aborda adecuadamente las obligaciones extraterritoriales de los Estados, y que incluso ha retrocedido frente al borrador cero que ha sido desarrollado en párrafos anteriores. El borrador revisado no ha incluido cláusula o regla alguna sobre el *forum necessitatis*, ni tampoco regula la excepción del *forum no conveniens*. Sugieren que este texto se someta a una nueva revisión e incluso redacción, ya que es fundamental proporcionar mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones extraterritoriales.²⁶²

Un cuarto elemento que es de vital importancia es que el instrumento internacional debe reafirmar la superioridad jerárquica de las normas de derechos humanos por sobre los tratados de libre comercio e inversión, y desarrollar obligaciones específicas para esto. Como se ha podido constatar en este trabajo académico, el Derecho Comercial Global que se compone entre otros, de estos tratados de libre comercio e inversión, tendría para muchos países una superioridad de facto frente a los derechos humanos, dado que sus sistemas de arbitraje y mediación son mucho más eficaces y preponderantes como recordaba Hernández.²⁶³

²⁵⁹ Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales”, 8.

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*, 8-9.

²⁶² Red DESC, “Informe de posición de la Red DESC sobre el Borrador Revisado para un Tratado jurídicamente vinculante que regule las empresas transnacionales y otras empresas con respecto de los derechos humanos”, *Red DESC*, accedido el 16 de octubre de 2019, <https://www.escri-net.org/es/noticias/2019/mas-280-miembros-red-desc-piden-un-tratado-mas-fuerte-para-regular-actividades>.

²⁶³ Hernández, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*, 337.

Ante esto, proponen que el instrumento internacional contenga la obligación de introducir en todos los tratados internacionales de inversión que firmen los Estados, una cláusula particular que dé supremacía a los derechos humanos por sobre los derechos de las empresas, y en el caso de tener contratos o convenios suscritos en este sentido, reformarlos o anularlos. Con esta propuesta coincide también Cantú, para quien la mejor forma de lograr un equilibrio entre derechos humanos y derechos de los inversionistas es precisamente a través de la renegociación de los tratados bilaterales de inversión existentes, dado que a pesar que se ha comenzado a pugnar por el establecimiento de esta primacía de los derechos humanos sobre los tratados de inversión, en la práctica esto puede ser complejo, dada la limitada legitimidad que esta primacía tendría especialmente para Estados que no son suscriptores de tratados de derechos humanos, pero sí de tratados de inversión, por ejemplo.²⁶⁴ Los Estados también deberían adecuar su legislación para dar esta supremacía a los tratados de derechos humanos por sobre el derecho comercial global. Finalmente plantean que los Estados deben estar prohibidos de firmar tratados que sometan las disputas a estos tribunales del comercio, ya que implican un menoscabo en su soberanía y minan su capacidad de hacer respetar los derechos humanos.²⁶⁵

Una quinta propuesta hace referencia a que el instrumento internacional debe establecer responsabilidad civil y penal de las ETN y de sus directivos, así como la responsabilidad solidaria de las ETN por las actividades de sus subsidiarias, filiales, subcontratistas, proveedores y otros. Esto implica que tanto las empresas como sus directivos puedan ser encontrados responsables por las violaciones ante las legislaciones nacionales y también en el marco internacional, se trata del conocido principio de doble imputación. Esta responsabilidad debe abarcar tanto a los autores de las violaciones, como a los instigadores, cómplices, encubridores y demás.²⁶⁶ En este mismo sentido se pronuncia la Campaña para reivindicar la soberanía de los pueblos, para quienes es preciso entender la estructura de las empresas transnacionales, ya que a pesar de estar compuestas de distintas entidades legales (subsidiarias, filiales, sucursales), estas componen una sola entidad económica orientada hacía un mismo fin, con esto se justificaría que las acciones efectuadas por las subsidiarias sean también responsabilidad

²⁶⁴ Cantú, "Hacia un tratado internacional", 8.

²⁶⁵ *Ibíd.*, 11.

²⁶⁶ *Ibíd.*

de la matriz y con ello de los Estados de origen, tal como lo establece el principio 25 de Maastricht.²⁶⁷

Proponen también que el tratado se refiera a la responsabilidad solidaria de las ETN con sus cadenas de proveedores, subcontratistas, filiales, sucursales, licenciarios, y otros que actúan en su nombre. Esta responsabilidad solidaria debería ser hacia arriba de igual forma, es decir, que permita responsabilizar a los inversionistas, accionistas, bancos y fondos de pensiones que financian a las ETN. Para lograr esto, las ETN deben hacer pública la información de los países en los que operan, identificando sus filiales, sucursales, proveedores, subcontratistas, así como la forma legal en la que participan de estas y otras compañías, composición del capital, además de información sobre sus empleados, pago de impuestos y otras que se consideren necesarias.²⁶⁸ Esta responsabilidad solidaria rompe con la lógica de la externalización de la que se han beneficiado las ETN. Finalmente, la intención es que los afectados puedan demandar y así poder ser reparados por quien fuere responsable de la violación de derechos humanos, buscando especialmente responsabilizar a quien coordina o dirige al grupo empresarial como una unidad económica.

Un sexto elemento discutido, y que también reviste gran importancia es el papel que juegan las instituciones financieras y económicas internacionales y regionales. Con toda propiedad la campaña plantea que el instrumento internacional, debe incluir disposiciones relativas a estas entidades financieras, para que como mínimo apoyen la aplicación del tratado y promuevan que sus préstamos sean entregados a los países en el marco del respeto a los derechos humanos. Esto tomando en cuenta que las políticas de estas entidades financieras que imponen agendas económicas a los países tienen el potencial de violentar los derechos humanos y de facilitar la entrada de ETN que también puedan violentarlos, por lo tanto, también deben ser obligadas a su respeto y observancia.

²⁶⁹

En sentido similar se pronuncia la Campaña para reivindicar la soberanía de los pueblos, para quienes los organismos multilaterales como el FMI, el Banco Mundial, la OMC entre otras serían sujetos del derecho internacional, y por tanto también estarían bajo el imperio de la Carta de las Naciones Unidas que obliga al respeto de los derechos

²⁶⁷ Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales”, 9.

²⁶⁸ *Ibíd.*

²⁶⁹ Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo, “8 propuestas para el instrumento internacional”, 12-13.

humanos. Lamentablemente, esto no parece ser así, ya que no cumplen los derechos humanos, es más, su status legal podría ser calificado como “zona libre de derechos humanos”, como lo ha señalado el experto de la ONU Philip Alston.²⁷⁰

Considerando lo expuesto, proponen que el instrumento incluya ciertas disposiciones que en específico atañen a la conducta de las entidades financieras internacionales, señalando: primero, que las entidades se deberían abstener de realizar acciones que limiten a los Estados en su capacidad para alcanzar la realización de los derechos humanos; segundo, que las entidades deberían realizar evaluaciones ex post de los proyectos que han financiado y de las políticas recomendadas a los Estados y así evaluar el cumplimiento de los derechos humanos; tres, que en caso de violación a los derechos humanos por parte de estas entidades a través de los préstamos concedidos, estos deberían cancelarse inmediatamente, además que deben rechazar solicitudes de préstamo a Estados que han violentado los derechos humanos por responsabilidad de ETN; y cuatro, que en caso de violaciones a los derechos humanos, estas entidades también se sometían a los tribunales nacionales e internacionales.²⁷¹

Un penúltimo elemento propuesto por la campaña hace referencia a algo que tiene diametral importancia para el instrumento internacional, y se relaciona con los mecanismos que se dispondrán en el propio tratado para hacerlo cumplir y controlar su aplicación. Se plantea la creación de tres órganos que se encargarían del cumplimiento del tratado: un Comité u órgano de tratado que se enfocaría en el cumplimiento de este, un Centro Público para el control de las ETN y una Corte mundial de ETN y derechos humanos, estos tres estamentos dotados de todos los medios para su buen funcionamiento y en cooperación con los Estados y la ETN garantizarían que el instrumento tenga eficacia y validez. Humberto Cantú señala que los nueve tratados internacionales de derechos humanos adoptados hasta la fecha han instituido comités como el señalado, incluso con competencia para recibir quejas individuales, sin embargo, la efectividad de estos instrumentos es relativa en virtud de la incapacidad de garantizar su efectivo cumplimiento.²⁷²

El Comité del tratado debe controlar que las ETN y los Estados cumplan con las obligaciones establecidas en el mismo, para esto contaría con la capacidad de recibir

²⁷⁰ Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales”, 21.

²⁷¹ *Ibíd.*, 21-2.

²⁷² Cantú, “Hacia un tratado internacional”, 8.

denuncias o quejas individuales o colectivas sobre violación del tratado, y denuncias contra las ETN por incumplimiento de su obligación de respetar el tratado.

El Centro Público para el control de las ETN tendría un mandato claro para investigar, analizar, documentar e inspeccionar las prácticas de las ETN y sus impactos sobre los derechos humanos. El Centro debe gestionar la participación de los gobiernos, los sindicatos, los movimientos sociales y los pueblos indígenas.

La Corte mundial sobre derechos humanos y ETN sería la instancia encargada de garantizar el acceso de los afectados a una instancia internacional independiente que pueda investigar y juzgar a las empresas por las violaciones a los derechos humanos. Esta Corte podrá encontrar responsabilidades civiles y penales en las ETN y sus directivos, así como la responsabilidad solidaria de las ETN con sus filiales, sucursales, subcontratistas y otros. Es importante que apoyada por los Estados- en la medida de sus competencias- puedan incautar bienes de las ETN para así ejecutar sus sentencias y la debida reparación a los afectados.^{273 274}

La Campaña para reivindicar la soberanía de los pueblos aporta interesantes elementos acerca de estos mecanismos contenciosos. Se refieren en primer lugar a que la regla de agotamiento de los recursos internos debería ser flexibilizada para los casos ventilados en la Corte de ETN y derechos humanos, ya que se puede prever que existan dificultades para que los demandantes tengan acceso a justicia en sus propios países por la influencia y poder de las empresas, o que el proceso acabe en una decisión injusta y/o errónea. Por eso retomando la propuesta del profesor Olivier de Shutter, se crearía lo que él llama un *forum necessitatis*, que permitiría que las víctimas accedan a la justicia en cualquier Estado en el que la compañía demandada tenga importantes actividades.²⁷⁵

Humberto Cantú coincide en que cuando se presentan graves violaciones a los derechos humanos y ante la falta de ejercicio de la jurisdicción de los Estados receptor o de origen de las empresas, se pueda prever la habilitación de una tercera jurisdicción por necesidad o *forum necessitatis*, aunque en su criterio esta vía debe ser muy limitada por ser muy polémica para los Estados, y por tanto sujeta a regulaciones sobre qué tipo de

²⁷³ Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo, “8 propuestas para el instrumento internacional”, 14.

²⁷⁴ Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales”, 18.

²⁷⁵ *Ibíd.*, 11.

violaciones deberían pasar por esta necesidad y candados para que no se abuse de esta opción.²⁷⁶

La Corte mundial estaría apoyada además por el espíritu de los Principios de Madrid y Buenos Aires sobre jurisdicción internacional, que establecen que esta jurisdicción determina el poder y obligación de investigar, y de ser necesario, procesar en los tribunales internacionales, los crímenes determinados en el derecho internacional, recogidos especialmente en el Estatuto de Roma. De esta manera, la jurisdicción de la Corte estaría vinculada a la obligación de investigar y juzgar las violaciones de derechos humanos que componen el derecho internacional de los derechos humanos. Reseñan también la importancia de que esta Corte pueda investigar y juzgar las denuncias en contra de las instituciones financieras internacionales.²⁷⁷ La cuestión de la competencia es sumamente controvertida, dado que las víctimas tienen una multiplicidad de vías para acudir a un foro judicial que sea el adecuado, el del Estado receptor de la inversión- es decir donde se asienta la filial- el del Estado de origen de la inversión- es decir de la matriz de la empresa, o de Estados con disposiciones más abiertas como Estados Unidos, con las limitaciones del caso que nuevamente reafirman la necesidad de crear un tribunal internacional que se encargue de conocer estas controversias con las empresas cuando los Estados no quieran o no puedan conocerlas.

El fin ulterior de esta Corte sería romper la asimetría existente entre los tribunales del derecho comercial global que protegen a las inversiones, ante la ausencia de instrumentos internacionales que controlen a las empresas.

Para cerrar este acápite que recoge importantes propuestas para el instrumento vinculante, se recoge el que quizás es uno de los elementos centrales del futuro tratado y que se reseña en el documento de la Campaña para reivindicar la soberanía de los pueblos, y se trata de los derechos de las y los afectados/as. Reconociendo su decidida y fundamental tarea, que históricamente ha significado la lucha por el reconocimiento de derechos y por la responsabilización de los Estados y ahora de las ETN por la violación de los derechos humanos, se hace esta propuesta que pretende incluir un marco jurídico dentro del tratado que verse específicamente sobre el derecho a la reparación de los daños causados por las actividades de las ETN.

²⁷⁶ Cantú, “Hacia un tratado internacional”, 6.

²⁷⁷ Campaña mundial para dismantelar el poder corporativo, “8 propuestas para el instrumento internacional”, 14.

En los procesos que se ventilen en las instancias creadas por el tratado y especialmente ante la Corte de empresas y derechos humanos se deben garantizar: la gratuidad en el proceso- que se explica por si solo- la posibilidad de presentar reclamos colectivos o *class actions*,- tomando en cuenta que hay varios derechos, como los DESC que pueden ser violentados a un gran grupo de personas, la celeridad en los procesos- que implica que la investigación, el juzgamiento, la condena y la reparación se den plazos razonables, y finalmente la limitación en las soluciones vía transacción- ya que en muchos casos las víctimas se encuentran en estado de vulnerabilidad y son propensos a aceptar acuerdos que les sean perjudiciales. Estos principios sumados a los establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos coadyuvarían a que los afectados por las actividades de las ETN encuentren justicia y reparación.²⁷⁸

3. La propuesta de tratado internacional de empresas transnacionales y otras empresas y derechos humanos preparada por el Grupo de Trabajo liderado por gobierno del Ecuador

Tal como se había indicado al inicio, el propósito de estas líneas es estudiar y comentar la propuesta de tratado internacional de empresas transnacionales y derechos humanos. Aunque la propuesta definitiva no ha sido presentada ni difundida oficialmente, el Grupo de Trabajo divulgó un primer borrador conocido como “Borrador Cero” fechado en julio de 2018 y que será el objeto principal de análisis en este capítulo. Conforme ya se mencionó, a la fecha de redacción de este capítulo no se conocía aún del segundo borrador del tratado, sin embargo, se hacen cortas referencias de algunos cambios sustanciales entre las dos versiones. La necesidad de tener un segundo borrador del tratado nació justamente de las observaciones hechas por los Estados al mismo, especialmente de la Unión Europea (UE), para quienes el tratado se dirigía exclusivamente a las empresas transnacionales, cuando convenía ampliar su campo de aplicación a todas las empresas conforme señalaba inclusive la nota al pie de la resolución 26/9;²⁷⁹ además de que había una ausencia total de referencias a los Principios Rectores de Ruggie.²⁸⁰ Hay diferentes posiciones acerca de los dos textos, para algunas personas

²⁷⁸ Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales”, 26-27.

²⁷⁹ Espinosa, entrevista del autor.

²⁸⁰ Sistema Iberoamericano de Responsabilidad Social Empresarial, “A propósito de los derechos humanos de las empresas”, *Sistema Iberoamericano de Responsabilidad Social Empresarial*, 27 de septiembre de 2019, <http://sirse.info/a-proposito-de-los-derechos-humanos-en-las-empresas/>.

el borrador revisado significa un retroceso en el proceso, pero para otros es un texto más aterrizado, organizado y claro.

Este estudio se complementará además con el examen del documento denominado “Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”,²⁸¹ fechado en 2017 y publicado por la presidencia del Grupo de Trabajo, es decir, presentado por el Ecuador, y que contiene tal como indica su título, una serie de consideraciones, argumentos y propuestas para el tratado internacional que surgieron de los debates de los años 2015 y 2016, tal como ordenaba la resolución 26/9. Este documento que contiene las posiciones presentadas por los países presentes en los debates del Grupo de Trabajo ha sido malinterpretado, según Luis Espinosa, e incluso entendido con algo de mala fe, como un documento extremo y que contenía posiciones calificadas como extremas en el debate, tales como la creación de la Corte de empresas y derechos humanos, cuando su objetivo era recoger las ideas y propuestas en torno al tema en discusión.²⁸²

Es importante también mencionar que no todo el instrumento será tratado, el estudio se enfocará principalmente en las disposiciones más relevantes y quizás hasta más controvertidas de la propuesta de tratado, evitando así que esta sea solamente una transcripción del documento señalado.

El artículo 1 del borrador establece el preámbulo del tratado, el que invoca varios principios con respecto a los derechos humanos, particularmente “reconociendo las normas del derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados”.²⁸³ Revisado el preámbulo, llama la atención que no afirme en ninguna parte la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho comercial global, tal como se ha señalado. Seguidamente se reafirma que los llamados a promover, respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, son los Estados, y que dicha obligación incluye la de

²⁸¹ ONU Grupo de Trabajo Intergubernamental del Consejo de Derechos Humanos OEIGWG, “Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, *OEIGWG*, 29 de septiembre de 2017, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf.

²⁸² Espinosa, entrevista del autor.

²⁸³ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas”, *Bussines & Human Rights Centre*, 16 de julio de 2018, <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>.

proteger a sus ciudadanos de las violaciones que pudieran cometer terceros, tales como las empresas, lo que conectado a otra declaración que subraya que las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos, indicando que deben evitar que sus actividades tengan efectos negativos sobre los derechos humanos, deja entrever que el preámbulo del tratado sigue en la línea del marco de Ruggie que asigna a las empresas solamente responsabilidad de respeto, más no obligaciones directas en el derecho internacional.

En este sentido se considera necesario redactar un preámbulo más fuerte, que recoja todos los instrumentos que componen el derecho internacional de los derechos humanos; el debate de la responsabilidad de las empresas en el seno de la ONU, los antecedentes acerca de los impactos de las ETN en los derechos humanos, entre otras. Un avance importante en el preámbulo del segundo borrador significa la incorporación de dos consideraciones, la primera respecto del reconocimiento del impacto distintivo y desproporcionado que tienen ciertos abusos de derechos humanos provocados por las empresas, en las mujeres, las niñas, niños, pueblos indígenas, personas con discapacidad y otros; la segunda se relaciona con el reconocimiento que las empresas comerciales tienen también la capacidad de promover el desarrollo sostenible y en la protección de estándares ambientales y sanitarios, protección de derechos laborales, y otros.²⁸⁴ Además, ha incluido una referencia específica a los Principios Rectores de empresas y derechos humanos, tal como fue solicitado por varios países de la UE.²⁸⁵

La presidencia del Grupo de Trabajo (Ecuador) aporta con otros elementos que considera debe contar el preámbulo: señalamiento de las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas para con los derechos humanos, incluir todas las decisiones y resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la ONU, el Consejo de Derechos Humanos entre otros relativos a esta temática, recordatorio de que ningún organismo internacional podrá adoptar alguna norma o disposición que contraríe el tratado, etc.²⁸⁶

El artículo 2 del borrador habla sobre la finalidad del tratado indicando que este persigue el fortalecimiento del respeto, promoción, protección y realización de los derechos humanos en el contexto de las actividades económicas de carácter transnacional. Adicionalmente asegura el acceso a la justicia de los afectados por las violaciones de derechos humanos de las empresas transnacionales, impide además que se produzcan

²⁸⁴ Red DESC, “Informe de posición de la Red DESC”, 3-4.

²⁸⁵ Sistema Iberoamericano, “A propósito de los derechos humanos de las empresas”.

²⁸⁶ ONU Grupo de Trabajo, “Elementos para el proyecto de instrumento internacional”, 3.

estas violaciones, y finalmente fomenta la cooperación internacional con miras a hacer efectiva la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.²⁸⁷ Esta finalidad sin lugar a dudas merece una dura crítica, ya que se centra nuevamente en reafirmar la responsabilidad de respetar los derechos humanos por parte de las empresas, y no dice nada respecto de obligaciones de garantía, promoción, defensa, y de obligaciones de hacer y no hacer para con los derechos humanos por parte de las empresas. Nuevamente responsabiliza casi que enteramente a los Estados por las violaciones de las ETN, y aunque como fue revisado, a los Estados les corresponde proteger a las personas por la pretendida o velada violación de derechos humanos por parte de terceros, como las empresas, tampoco deja de ser cierto que estos terceros no tengan obligaciones más allá de las que les sean exigidas por el Estado, por lo que deben ser el sujeto obligado más directo del tratado.²⁸⁸

Cabe recalcar además que el documento de la presidencia del Grupo de Trabajo incluye una serie de principios que el borrador del tratado no ha recogido, principios que sería importante incluir en el tratado, especialmente aquellos con mayor relevancia como los aquí señalados: 1) La responsabilidad de las ETN de respetar todos los derechos humanos, sin que importe el tamaño, sector, propiedad, contexto operacional y estructura de las empresas; 2) El reconocimiento de la primacía de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión; 3) El reconocimiento de la necesidad de protección especial de varios derechos humanos relativos a la autodeterminación, el acceso a la justicia, el acceso a un recurso efectivo, la participación, inclusión y la no discriminación; 4) El reconocimiento de la protección especial a las víctimas, en particular de los pueblos indígenas, grupos de atención prioritaria o vulnerable entre otros; 5) La obligación de los Estados partes de realizar una evaluación previa de impacto sobre los derechos humanos para la suscripción de acuerdos de comercio e inversión, procurando identificar cualquier inconsistencia entre dichos acuerdos y los tratados de derechos humanos; 6) El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actos privados cuando no se actuó con debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.²⁸⁹

El artículo 3 del borrador establece el alcance del instrumento internacional señalando que aplicará para todas las violaciones de derechos humanos ocurridas en el

²⁸⁷ *Ibíd.*

²⁸⁸ Melish, *La Protección de los Derechos Económicos*, 171.

²⁸⁹ *Ibíd.*, 4.

contexto de toda actividad empresarial de carácter transnacional. Indica además que la convención abarcará todos los derechos humanos internacionales, y también aquellos reconocidos en los derechos internos de cada país.²⁹⁰ En cuanto a este alcance es pertinente mencionar, en primer lugar, que es valedero y de gran importancia establecer que el instrumento aplicará para todas las violaciones de derechos humanos, que componen tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como los de los propios países signatarios del futuro tratado. En el debate del borrador cero ya se mostró un acuerdo bastante acabado sobre considerar a todos los derechos humanos y a su protección como un elemento central del instrumento, hubo un acuerdo casi unánime para que el amplio espectro de los derechos humanos sea reconocido, sin jerarquía y sin orden de llegada, tal como señala la Declaración de Viena de 1995, aun cuando en la mentalidad de la gente y quizás hasta en la práctica si exista una jerarquía, especialmente cuando se comparan derechos como el derecho a la vida, y al del ocio y el esparcimiento.²⁹¹ Respecto de los actos o hechos sujetos a su control se indica que serán todas las actividades empresariales de carácter transnacional- y se añadiría- independientemente de su estructura jurídica o de control incluyendo a las sucursales, proveedores, filiales, y demás que actúen en nombre de una empresa transnacional. La Red DESC hace hincapié en que es necesario aclarar que el tratado alcanza tanto a los países de origen de las empresas como los anfitriones o receptores de estas, para que ambas partes se obliguen a cumplir con las normas del derecho internacional de los derechos humanos.²⁹²

Así mismo, deberían determinarse en el alcance, los sujetos de obligaciones y responsabilidades del instrumento teniendo como base a los Estados, a las empresas transnacionales, a los organismos internacionales, a las personas jurídicas y naturales que por sus actividades estén directamente relacionadas con el objeto del tratado internacional.²⁹³ Esta inclusión permitiría brindar mayor seguridad al instrumento sobre quién o quiénes son los responsables del cumplimiento, observancia, y respeto del futuro tratado. Ágora señala además que el borrador revisado propone un nuevo alcance más detallado que reafirma los deberes de los Estados en relación con las empresas dentro de sus territorios, pero por otro lado crea nuevas obligaciones para regular las actividades de las ETN y garantizar la responsabilidad de la reparación transfronterizas.²⁹⁴

²⁹⁰ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 5.

²⁹¹ Espinosa, entrevista del autor.

²⁹² Red DESC, “Informe de posición de la Red DESC”, 7.

²⁹³ ONU Grupo de Trabajo, “Elementos para el proyecto de instrumento internacional”, 5.

²⁹⁴ Ágora “¿Estamos más cerca? Nuevo borrador de un tratado vinculante”, 2.

De la nueva redacción de este artículo, Carlos López concluye que a diferencia del borrador cero, el proyecto revisado refuta la presunción de que el tratado está limitado a regular solamente las actividades transnacionales de las empresas, el borrador revisado incluye a todas las empresas y sus actividades, por lo que se aplicará a todas las actividades empresariales. De esta manera se ha logrado incluir de cierta forma a Estados miembros de la UE, que se habían excusado de los debates previos dada el limitado alcance del borrador cero en este aspecto.²⁹⁵

El artículo 4 del borrador establece dos definiciones de importancia, la primera respecto de quiénes son consideradas víctimas, y la segunda relacionada a qué se considera como actividades empresariales de carácter transnacional. El documento indica que se entiende por víctima a toda persona (o su familia inmediata y personas a su cargo) que sostenga haber sufrido daños, individual o colectivamente, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos humanos, lo que incluye los derechos ambientales, y como consecuencia de acciones u omisiones en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional.²⁹⁶ Aunque esta definición parecería abarcar el concepto total de lo que una víctima podría ser, se hace preciso que la definición contenga elementos más técnicos como los desarrollados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera a la víctima “como la parte lesionada”, y “como aquella cuyo derecho individual ha sido denegado o dañado por el acto ilegal internacional o que ha sido de otra manera particularmente afectado por dicho acto”.²⁹⁷ No obstante, esta definición parecería ser más cercana al ámbito procesal, en el espíritu de que la convención contenga elementos de protección contenciosos, sería positivo que desde el principio se considere a la víctima como lo dicho.

El segundo elemento se refiere a la definición de actividades empresariales de carácter transnacional que según el instrumento serán: todas las actividades económicas con fines de lucro, actividades productivas o comerciales, realizadas por una persona física o jurídica incluidas las efectuadas por medios electrónicos y que tengan lugar en dos o más jurisdicciones nacionales o entrañen acciones, personas o impactos en dichas

²⁹⁵ Carlos López, “El proyecto revisado de un tratado sobre empresas y derechos humanos: mejoras innovadoras y perspectivas más claras”, *Investment Treaty News*, <https://www.iisd.org/itn/es/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez/>.

²⁹⁶ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 5.

²⁹⁷ Mónica Fera Tinta, “La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento”, *Revista IIDH* 43 (2006):161, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-4.pdf>.

jurisdicciones.²⁹⁸ En el segundo borrador la definición cambió por “actividades comerciales” y la diferenció de “relación contractual”, la Red DESC ha sugerido que en dichas definiciones conste que las actividades comerciales incluyen acciones y omisiones. Y en relación contractual estiman necesario cambiar el término por “relación comercial”, y señalar que las relaciones comerciales abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de la cadena de valor, y cualquier otra entidad estatal o no estatal directamente relacionada con sus operaciones.²⁹⁹ Adicionalmente debe destacarse que en el borrador revisado se ha eliminado el término “con fines de lucro” de la definición de las actividades comerciales, ampliando el espectro de control del tratado a empresas que abarcaría inclusive a las empresas estatales.³⁰⁰

El borrador del instrumento jurídicamente vinculante no ha incluido otras definiciones que sería importante incluir, por ejemplo, qué se entiende por empresas transnacionales, debido a que según comenta Luis Espinosa, enfrascarse en la redacción de una definición sobre la que no hay acuerdos, que puede variar en el tiempo, que tiene distintas acepciones, es muy complejo. Hoy en día existen empresas transnacionales que son casi fantasmas, que viven en ecosistemas digitales y que ni siquiera llegan a tener una sede, como sucede con las empresas petroleras, textiles o mineras, en las que puedes encontrar o el pozo petrolero, o la fábrica o el yacimiento, de tal manera que centrarse en un debate estéril es un ejercicio incorrecto.³⁰¹

El artículo 5 del borrador de convención es probablemente el más preocupante- y por tanto sujeto a diversas críticas- ya que establece la jurisdicción de los tribunales nacionales respecto de las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas, dejando de lado la creación de una Corte de empresas o derechos humanos, o quizás la ampliación de la competencia de la Corte Penal o la Corte Internacional de Justicia. Dicho artículo señala que las acciones interpuestas por una persona o grupo de personas, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia, respecto de las violaciones de derechos humanos de las actividades empresariales recaerán en el tribunal del Estado y existen dos posibilidades: del lugar donde se produjeron tales actos u omisiones, o el tribunal del Estado donde esté domiciliada la empresa o persona física o jurídica que haya cometido los actos, entendiéndose que la persona jurídica tiene su domicilio en el lugar

²⁹⁸ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 5.

²⁹⁹ Red DESC, “Informe de posición de la Red DESC”, 5-6.

³⁰⁰ Ágora “¿Estamos más cerca? Nuevo borrador de un tratado vinculante”, 1.

³⁰¹ Espinosa, entrevista del autor.

donde se encuentre su: a) sede social, b) administración central, c) interés empresarial principal, o d) filial, agencia, dependencia, subdivisión, oficina de representación o afín.

³⁰² El borrador revisado introduce la posibilidad de que otro foro competente sea el del lugar de domicilio de las víctimas, lo que es bastante acertado dada la imposibilidad en ciertos casos de que las víctimas se trasladen a otro país para demandar a una empresa, con todos los costos que esto implica. ³⁰³

Este artículo y el resto de la convención elimina de plano la posibilidad de que se construya una Corte internacional de empresas y derechos humanos capaz de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos en el marco de las actividades empresariales, y en su lugar, ratifica la competencia de los Estados para juzgar estos actos, lo que como bien se ha dicho tiene sus bemoles, dada la debilidad de ciertos Estados para juzgar a las empresas, o la complicidad de otros (especialmente los industrializados del norte) con las empresas, como para juzgarlas imparcialmente y hacerlas pagar por sus daños. La posibilidad de que las ETN como actores poderosos e influyentes que son, sean juzgadas por los Estados, aun con una convención internacional de este estilo, permitiría de alguna manera que el círculo de la impunidad persista, dadas las estrategias de evasión de la responsabilidad de ciertas empresas.

La presidencia del Grupo de Trabajo en su documento resalta la importancia de contar con mecanismos judiciales y no judiciales a nivel internacional, como por ejemplo la Corte de empresas o derechos humanos, o una sala especializada en otras cortes o tribunales internacionales ya existentes. En cuanto a los mecanismos no judiciales también proponen la creación de un Comité de empresas y derechos humanos al tenor de la propuesta de la Campaña para reivindicar la soberanía de los pueblos, como un órgano para evaluar e investigar las conductas empresariales con potencial de afectar los derechos humanos, que además pueda emitir observaciones, recomendaciones y demás. ³⁰⁴

Sin embargo, Luis Espinosa comenta que, aunque se debatió la posibilidad de crear esta corte especializada, finalmente no tuvo el apoyo de los países, inclusive de aquellos que apoyan la idea del instrumento jurídicamente vinculante, ya que esto podría caer en la perversión de constituir cortes para cada asunto específico, lo que constituiría un serio despropósito, además que dicha corte debería contar para funcionar con unos recursos económicos, humanos, y físicos que podría no tener. La idea fundada de la

³⁰² Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 5.

³⁰³ Sistema Iberoamericano, “A propósito de los derechos humanos de las empresas”.

³⁰⁴ ONU Grupo de Trabajo, “Elementos para el proyecto de instrumento internacional”, 15.

sociedad civil de contar con esta corte ha salido ya del debate, y se ve muy complicado siquiera reintroducirla, más aún en el borrador del instrumento. Por lo señalado se han discutido otras opciones, como contar con personal calificado, y quizás jueces para la cuestión de las empresas en los sistemas regionales de derechos humanos como el americano, el europeo o el africano, sin embargo, Asia no tiene un sistema de derechos humanos, y además en los sistemas que existen tendría que ampliarse el espectro de sus instrumentos rectores para incluir la posibilidad de jugar a las empresas transnacionales y otras empresas, lo que también presenta sus propias dificultades.³⁰⁵

Por aquello, otra propuesta interesante y que va en la línea de lo finalmente adoptado en el borrador del instrumento, es que las propias cortes de los países sean las que juzguen a sus empresas transnacionales. Espinosa comenta de un país europeo, más puntualmente, Francia, que ha previsto esta posibilidad. Francia reformó su Código de Comercio en 2017 e incluyó sendas disposiciones para que las empresas transnacionales que reunieran ciertas condiciones como cierto capital, número de trabajadores, etc., adoptaran códigos internos de conducta que las obliguen a tener un comportamiento adecuado en sus operaciones en el exterior, dejando en libertad de las posibles víctimas de estas empresas de demandar a la empresa en las cortes francesas.³⁰⁶ Aunque esta es una atractiva propuesta que al parecer también se está discutiendo en Alemania, no alcanza el total de los países que son casas matrices de las empresas transnacionales, y tomando en cuenta que hay países que podrían estar gobernados por las elites de las empresas transnacionales, propuestas como esta podrían no tener mayor éxito en otras latitudes.

El artículo 6 del borrador habla sobre la prescripción señalando que las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional no prescribirán.³⁰⁷ Esta definición también tiene una importante limitación, dado que la imprescriptibilidad de las violaciones de derechos humanos estaría atada a los crímenes del derecho internacional que están recogidos básicamente en el estatuto de la Corte Penal Internacional y que no se refiere solamente a violaciones de derechos humanos. Así por ejemplo la violación del derecho humano al agua, que no sería considerada un crimen, estaría sujeta a prescripción, lo que no se compecede en lo absoluto con el espíritu de lo que sería la convención.

³⁰⁵ Espinosa, entrevista del autor.

³⁰⁶ *Ibíd.*

³⁰⁷ ONU Grupo de Trabajo, “Elementos para el proyecto de instrumento internacional”, 6.

El artículo 8 del documento establece los derechos de las víctimas señalando que éstas tendrán derecho entre otros a: un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia y a los recursos conforme el derecho internacional, recursos que incluyen restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Así también se contempla el derecho a la rehabilitación ambiental, restauración y reparación del ecosistema. Más adelante vuelve a determinar responsabilidades para los Estados con arreglo a la convención, responsabilidades que se centran en garantizar a las víctimas el acceso a presentar reclamaciones individual o colectivamente a los tribunales del país; garantizar una investigación eficaz, rápida e imparcial de las violaciones de derechos humanos y la adopción de medidas contra las personas naturales o jurídicas presuntamente responsables. Establece además para los Estados la obligación de prestar asistencia jurídica adecuada y efectiva durante todo el proceso legal, asegurando en particular: evitar las formalidades, costos y demoras innecesarias, que las víctimas puedan ser escuchadas durante todas las etapas, y brindando la asistencia necesaria para la presentación y prosecución de un reclamo.³⁰⁸

El borrador de convención hace especial énfasis en los costos, lo que parece bastante adecuado, ya que establece claramente que la falta de recursos, o la incapacidad de sufragar los costos no será barrera para presentar el reclamo y proseguir con la demanda. Los Estados son los llamados a garantizar esto, en el caso del Ecuador, por ejemplo, a través de la Defensoría del Pueblo, o en otros países sus propias defensorías del ciudadano o los Ombudsman, quienes también están llamados a la defensa de los derechos humanos y fundamentales de sus ciudadanos. En esta línea el instrumento propone la creación de un “Fondo Internacional para las Víctimas”,³⁰⁹ que proporcionaría asistencia jurídica y financiera a las víctimas, a expensas de los Estados suscriptores, lo que sin duda es una herramienta interesante que permite un acceso más efectivo y real a la justicia. El borrador revisado, separa el tema del Fondo, del artículo sobre derechos de las víctimas y le dedica un artículo exclusivo, lo que parece bastante adecuado dada la importancia de este.³¹⁰

Señala también el proyecto de instrumento internacional que los Estados deberán proporcionar mecanismos eficaces para la ejecución de los recursos, tanto de sentencias

³⁰⁸ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 7.

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ Sistema Iberoamericano, “A propósito de los derechos humanos de las empresas”.

nacionales como extranjeras.³¹¹ Esto tiene una decidida preponderancia en tanto, se compromete a los Estados a poner a disposición de la justicia mecanismos que sean efectivos para ejecutar recursos, de esta forma sentencias dictadas, por ejemplo, en Ecuador deberían ser ejecutadas sin mayor obstáculo en Estados Unidos, Canadá o Europa. En cuanto a la protección a las víctimas, la Red DESC destaca que se les debe proporcionar a éstas el derecho a que se otorguen en su favor medidas cautelares para cesar inmediatamente los perjuicios por parte de las empresas, mientras dure el proceso de investigación, juzgamiento o indemnización.³¹²

En el mismo artículo 8, el proyecto dispone que las víctimas tendrán acceso a medios diplomáticos y consulares, para que puedan ejercer su derecho a la justicia, especialmente sobre asesoría adecuada para que puedan presentar reclamos considerando la competencia de los tribunales, y la forma en que se incoan y defienden los procedimientos ante dichos tribunales en el extranjero. Esto que hoy por hoy no existe también es fundamental, en lugar de que las delegaciones diplomáticas aboguen por las ETN de sus países, o hasta interfieran en las decisiones de los gobiernos donde se asientan, deberán asesorar a las víctimas de estas empresas para que emprendan adecuadamente las acciones en contra de estas.³¹³

Finalmente, este artículo también establece sendas obligaciones para los Estados de tal manera que las víctimas sean protegidas de cualquier intromisión, amenaza u otra, sea proveniente de las empresas o del mismo Estado y que tenga el potencial de violentar sus derechos humanos.³¹⁴

El artículo 9 del proyecto habla sobre la prevención, determinando responsabilidades para los Estados, a fin de que incluyan en su legislación interna obligaciones para las ETN sobre la debida diligencia en el marco de sus actividades empresariales. Dichas obligaciones incluyen entre otras: la supervisión de los efectos de sus actividades empresariales, tomando en cuenta siempre a sus filiales y entidades bajo control directo; la identificación y evaluación de las violaciones de derechos humanos, reales o potenciales, que se produzcan por sus actividades; la prevención de las violaciones de derechos humanos en el contexto de sus actividades; la información pública y periódica relativa a cuestiones no financieras, particularmente ambientales y de

³¹¹ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 7.

³¹² Red DESC, “Informe de posición de la Red DESC”, 8.

³¹³ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 7

³¹⁴ *Ibíd.*

derechos humanos, políticas, indicadores, resultados; el efectuar evaluaciones previas y posteriores del impacto ambiental de sus actividades y los efectos en los derechos humanos; celebrar consultas significativas con los grupos cuyos derechos humanos se puedan ver potencialmente afectados por las actividades empresariales. Aquí se anota una crítica compartida con la Red DESC, ya que el lenguaje utilizado para el término “consultas significativas” es bastante limitado, y socava los derechos de los pueblos indígenas a una consulta libre, previa e informada con efectos vinculantes, tal como estipula la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de tal forma que conviene ampliar el objeto de esta disposición en el tratado.³¹⁵

Se indica además que el incumplimiento de este deber de diligencia dará lugar a las responsabilidades e indemnizaciones correspondientes según la misma convención. Indica también que los Estados podrán eximir a determinadas compañías, pequeñas y medianas de estas obligaciones cuando supongan demasiada carga administrativa.³¹⁶ Este artículo también fue modificado en el borrador revisado, para disponer que los Estados pueda facilitar el cumplimiento de las pequeñas y medianas empresas de su deber de diligencia por medio de incentivos, evitando así generar exenciones injustificadas.³¹⁷

La Red DESC hace una importante apreciación relacionada a las evaluaciones en derechos humanos e impacto social y ambiental, indicando que las empresas están obligadas a realizar estas evaluaciones y el Estado a supervisarlas y quizás hasta aprobarlas, a través de oficinas especializadas como la defensoría del pueblo. Si las empresas no realizan estas evaluaciones o no las aprueban deberían ser sujetas de sanción conforme ya se indicó.³¹⁸

Otra disposición de gran relevancia que en el segundo borrador se trasladó desde las disposiciones finales al artículo de prevención, trata sobre la debida diligencia que las empresas deben tener en territorios afectados por conflictos. En dichos territorios la evaluación debe ser más rigurosa, e incluso podría preverse la posibilidad de no iniciar operaciones en los mismos ya que pudieren agravar los conflictos presentes. La Red DESC incluso va más allá y sugiere que en dichas zonas cuando las ETN ya estén asentadas y sean de alguna forma causa o factor coadyuvante del conflicto, exista disposición de salida o desinversión del país.³¹⁹

³¹⁵ Red DESC, “Informe de posición de la Red DESC”, 15.

³¹⁶ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 8-9.

³¹⁷ Sistema Iberoamericano, “A propósito de los derechos humanos de las empresas”.

³¹⁸ Red DESC, “Informe de posición de la Red DESC”, 14.

³¹⁹ *Ibíd.*, 18.

En este artículo también se aprecia que se deja a responsabilidad de los Estados establecer estas obligaciones en su legislación, y aunque bien lo podrían hacer, el instrumento internacional debería mantener éstas como obligaciones directas y precisas para las empresas, así se contaría con parámetros claros para evaluar el respeto de las empresas por los derechos humanos de manera proactiva y más concisa.

Una propuesta que no puede ser pasada por alto de la Red DESC, sugiere que este artículo sobre la responsabilidad prevea además la obligación del Estado de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos cuando actúa como actor económico, es decir cuando actúa a través de empresas constituidas por éste o por empresas mixtas junto con capital privado. Por tanto, las empresas públicas deberían con mayor razón precautelar los derechos humanos ya que pertenecen a los Estados, que son precisamente los primeros garantes de derechos, sin embargo, por ejemplo, en China cuyas empresas transnacionales son en su gran mayoría estatales, es donde se registran mayor cantidad de violaciones a derechos como los laborales,³²⁰ de allí que se reafirme esta propuesta que debería considerarse en el instrumento jurídico internacional.³²¹

Lamentablemente este artículo que parecía ser más preciso y apropiado que otros, ha sido eliminado de la nueva versión del borrador cero, tal como señala la Red DESC.³²²

El artículo 10 del mentado instrumento establece las obligaciones de los Estados para con la exigencia de responsabilidades de orden civil y penal a las personas físicas y jurídicas (ETN y otras empresas), por la violación de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales transnacionales, propuesta que también fue formulada por las campañas aquí reseñadas.³²³ Cada Estado determinará en sus respectivas legislaciones la responsabilidad de las empresas que debe estar sujeta a sanciones penales o civiles que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluyendo las monetarias. La responsabilidad (civil y penal) de las personas jurídicas existirá siempre, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a las personas físicas, esto quiere decir que la responsabilidad de las empresas y de sus directivos o ejecutivos es independiente. Además, señala que la responsabilidad civil no estará supeditada a que se declare la penal y viceversa. En el caso de que un Estado haya reconocido una reparación a la o las

³²⁰ Harari, *Condiciones de trabajo en las empresas chinas*, 115-22.

³²¹ Red DESC, "Informe de posición de la Red DESC", 17.

³²² *Ibid.*, 13.

³²³ Bussines & Human Rights Centre, "Instrumento jurídicamente vinculante", 9-10

víctimas, la persona jurídica responsable estará en la obligación de restituirle dichos valores.

En cuanto a la responsabilidad civil, el proyecto indica que todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional (ETN) serán responsables de los perjuicios ocasionados que surjan en el contexto de sus actividades empresariales y que provoquen violaciones de los derechos humanos, incluyendo a sus filiales, sucursales, proveedores, y toda persona que actúe en nombre de la empresa.

En lo concerniente a la responsabilidad penal se dice que los Estados deberán establecer responsabilidad penal en las empresas que de forma intencionada cometan, ya sea directamente o a través de sus intermediarios, violaciones a los derechos humanos que puedan constituir un delito penal, o crímenes reconocidos en el derecho internacional.³²⁴ El borrador revisado del tratado ha definido con más claridad los delitos que los Estados deben incorporar en su legislación penal, señalando que serán: “los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, tortura, trato cruel, inhumano o degradante, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, trabajo forzado, desalojo forzoso, esclavitud, desplazamiento forzoso, tráfico de personas.”³²⁵ Esta disposición aclara qué delitos exactamente deben considerar los Estados, a sabiendas que hay delitos calificados como crímenes en el derecho internacional, que pueden ser tratados por cuerda separada dada su gravedad. Con esto se subsana además la violación al principio de legalidad que se hacía, por la falta de una definición clara.

Otro debate aún inacabado que gravita a la exigencia de responsabilidades tanto civiles como penales a las empresas se centra en la discusión sobre la asignación de obligaciones directas a las empresas en el marco del instrumento jurídicamente vinculante. Luis Espinosa explica que, aunque aún no se ha zanjado completamente la posibilidad de establecer obligaciones directas a las empresas, esta posición es considerada extrema por los países, inclusive aquellos que han apoyado la idea del instrumento jurídicamente vinculante.³²⁶ La posibilidad de establecer obligaciones directamente a las empresas es una posibilidad ampliamente debatida, especialmente por la sociedad civil, varias organizaciones han mencionado en diversos documentos que si las empresas no son las principales obligadas del tratado, los Estados bien podrían no

³²⁴ *Ibíd.*

³²⁵ López, “El proyecto revisado de un tratado sobre empresas y derechos humanos”, 3.

³²⁶ Espinosa, entrevista del autor.

ratificar, o ratificar el tratado y no cumplir con su obligación de exigir el cumplimiento de los derechos humanos a las empresas.

Pero el establecimiento de obligaciones directas para las empresas, o considerar a éstas como los principales sujetos del instrumento vinculante también trae consigo una discusión importante acerca de la probabilidad de que esto debilite o mine el principio de responsabilidad estatal, plenamente fundado en el derecho internacional. Como ya se mencionó en este mismo trabajo académico, la responsabilidad estatal constituiría la piedra angular sobre la que recaen los derechos humanos, y en virtud del cual, los Estados son los principales obligados y responsables por el respeto de los derechos humanos y en consecuencia de sus violaciones, sin embargo, una propuesta de este tipo que asigna directamente responsabilidades y obligaciones a los agentes privados, provocando posiblemente que los Estados eludan su responsabilidad en el marco de violaciones que las empresas perpetren en sus territorios, es una preocupación que tendría más de una razón para ser tomada en cuenta. Si los Estados ven en este instrumento la posibilidad de eludir sus responsabilidades, sobre todo en cuanto a casos de agentes privados se refiere, más de uno pensará que éstos no dudarán en apoyar la idea de reducir la carga para el Estado en esta materia.

Pero, aunque la discusión es válida, el espíritu del futuro instrumento parecería estar claro en este sentido. Luis Espinosa recuerda que:

[...] la responsabilidad primordial del Estado sobre la observancia, el respeto de los derechos humanos es indiscutible, ósea que eso no entra como parte del debate si quiera, porque no es algo que esté en revisión, o que va a estar alterado por este proceso, más bien la idea era que si había causantes directos de afectaciones a los derechos humanos, esos causantes deberían ser sometidos a la justicia, buscando el mecanismo para ello [...]³²⁷

Lo que significa que el principio de responsabilidad estatal no tendría alteración alguna, ya que sería el Estado el principal obligado para con los derechos humanos, como tradicionalmente ha sido.

Una formula plausible para balancear la responsabilidad de las empresas y de los Estados en cuanto a violación de derechos humanos se refiere, podría ser la corresponsabilidad estatal. La introducción de una formula a través de la cual, no solamente las empresas sean las responsables por las violaciones o abusos que hubieren cometido, sino los Estados en los que operan dichas empresas, por su falta de control, supervisión, juzgamiento o sanción, podría ser una solución salomónica.

³²⁷ Espinosa, entrevista del autor.

Esto supone que, en el caso de presentarse una violación por parte de una empresa transnacional en un determinado país, no solamente que dicha empresa sea responsable ante la comunidad internacional por las violaciones, sino también el Estado que permitió que la empresa actuara en esas condiciones gravosas para su sociedad. Claro está que, si el Estado llega a demostrar que sí controló, pidió cuentas, obligó a reparar o inclusive sancionó a la empresa, podría demostrar su inocencia en el caso, pero en este supuesto se entendería que la empresa ya hubiera cesado su abuso o violación inmediatamente ante la acción estatal. En todo caso la corresponsabilidad estatal- empresa es una formula interesante para ser analizada en el contexto del instrumento jurídicamente vinculante, ya que permitiría inclusive, que las víctimas de los abusos empresariales tengan reparación y justicia en cualquier instancia.

Luis Espinosa señala que, en dos o tres casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha fijado un estándar de corresponsabilidad estatal, en el que ha atribuido responsabilidad tanto a una empresa, como a un Estado,³²⁸ claro está que en este caso, la responsabilidad para la empresa la tendría que hacer valer el Estado, ya que la Corte no tiene jurisdicción sobre las personas jurídicas privadas, sin embargo, la referencia es adecuada, ya que comienza a verse, incluso en las sentencias de derechos humanos, este que sería construido como un principio de corresponsabilidad estatal.

Sin embargo, Espinosa ratifica que la búsqueda de responsabilidad en las empresas sería la principal motivación del instrumento, ya que es una injusticia que los Estados siempre tengan que pagar por la irresponsabilidad o los abusos de las empresas, y no haya para ellos ningún tipo de repercusión. Por supuesto que los Estados son los principales obligados, pero estas injusticias deben frenarse, haciendo que los responsables paguen por sus abusos o violaciones.³²⁹

Considerando las razones expuestas por estas distintas voces que se han reseñado, parece una buena propuesta incluir en el instrumento jurídicamente vinculante este principio de corresponsabilidad estatal, que suficientemente bien construido, e inteligentemente redactado, podría asegurar a las víctimas de los abusos empresariales una reparación más efectiva y rápida.

En el borrador revisado también se plantea una disposición interesante, que aplica para una empresa en relación con el daño causado por otra empresa, sin importar la situación de la última, cuando la primera tenga a su cargo el control o supervisión de las

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ *Ibíd.*

actividades que provocaron el daño, esto involucra a las filiales o sucursales y a la responsabilidad solidaria, empero la disposición al hacer referencia a que debe existir entre las dos una “relación contractual”, complica la aplicación de esta regla, lo que limitaría su alcance.³³⁰

Este artículo es muy pertinente, en tanto existen muchos Estados que no cuentan con normativa diáfana y coercitiva que establezca responsabilidad civil, mucho menos penal, de las personas jurídicas o empresas, lo que dificulta el hecho de imponer sanciones a éstas cuando violentan los derechos humanos. Carlos López indica que el tratado posibilita el que los Estados escojan el tipo de responsabilidad sobre el que quieran legislar, lo que puede sonar más realista, pero también exige que la responsabilidad sea efectiva para aplicar sanciones proporcionales al daño.³³¹ De igual forma, es menester que los Estados que no hayan introducido en su legislación la figura de la responsabilidad penal para las personas jurídicas lo hagan; la presidencia del Grupo de Trabajo recuerda que esto es una forma adecuada de combatir la impunidad y proteger los derechos de las víctimas de violaciones perpetradas por las empresas.³³²

El artículo 11 del proyecto dispone acerca de la asistencia judicial recíproca entre Estados, señalando que éstos se prestarán entre sí la más amplia asistencia judicial recíproca para llevar a cabo todas las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionadas con los casos de violación de derechos humanos por parte de empresas en el marco de las actividades económicas transnacionales. Los Estados deben suministrarse toda la información y pruebas necesarias que obren en su poder y procurar que todas las investigaciones sean rápidas, efectivas e imparciales. Esta asistencia recíproca incluye entre otras las siguientes actuaciones: recibir testimonios, efectuar inspecciones e incautaciones, examinar objetos y lugares, entregar documentos pertinentes en materias bancaria, financiera, societaria, etc., localizar el producto del delito, los bienes, y los instrumentos con fines probatorios, facilitar la congelación y recuperación de activos, asistencia a las víctimas, entre otras.³³³

Importante resaltar la disposición constante en el mismo artículo que establece que toda sentencia de un tribunal competente en arreglo a la convención, que sea ejecutable en el Estado de origen de la causa y que ya no sea objeto de recurso alguno,

³³⁰ López, “El proyecto revisado de un tratado sobre empresas y derechos humanos”, 2.

³³¹ *Ibíd.*, 3.

³³² ONU Grupo de Trabajo, “Elementos para el proyecto de instrumento internacional”, 9.

³³³ Bussines & Human Rights Centre, “Instrumento jurídicamente vinculante”, 10-11.

deberá ser reconocida y ejecutada en cualquier parte, tan pronto se hayan satisfecho las formalidades exigidas por dicho Estado las que no podrán ser onerosas, ni representar cargas, ni permitir la revisión del fondo del caso.³³⁴ Este es sin duda un gran avance en materia de litigio contra las empresas, dado que existen varios casos- como el de Chevron Texaco- en el que las cortes estadounidenses y de otros países se han negado a ejecutar la sentencia emitida en el Ecuador.

El artículo 13 del proyecto se refiere a la conformidad de la convención con el derecho internacional señalando que nada lo dispuesto en este instrumento restringe o deroga cualquier de los derechos u obligaciones dimanantes del derecho interno y del derecho internacional. Es importante destacar que el borrador dispone, además, que los futuros acuerdos de comercio e inversión que los Estados parte negocien, ya sea entre ellos o con terceros, no contendrán disposiciones que estén en conflicto con la aplicación de la convención y garantizarán la defensa de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Adicionalmente los Estados acuerdan que los acuerdos existentes deben interpretarse de la manera menos restrictiva en cuanto a su capacidad de respetar sus obligaciones contenidas en esta convención.³³⁵ Muchos de los Estados presentaron reiteradas observaciones a este artículo, ya que en su opinión podría provocar conflictos dada su pretendida superioridad frente a los tratados de inversión. Por esto en el borrador revisado se incluyó una disposición más laxa, menos ambiciosa, que pretende que los Estados revisen que los tratados de inversión sean compatibles o se interpreten de conformidad con las obligaciones del proyecto de tratado.³³⁶

Para concluir con el estudio del borrador del instrumento jurídicamente vinculante, se analiza el artículo 14 respecto de las disposiciones institucionales que crean un Comité con diversas funciones que se articulan al tratado. Este Comité conformado en cuanto entre en vigor la convención, constará de 12 expertos en un inicio, y con 18 cuando las ratificaciones de los países superen las 60. Estos expertos serán personas reconocidas por su integridad moral y su competencia en el ámbito de los derechos humanos, el derecho internacional público y otros campos pertinentes. Se elegirán, removerán y actuarán conforme el citado artículo y para su funcionamiento contarán con recursos que les proporcione el Secretario General de las Naciones Unidas. Dicho Comité tendrá entre otras las siguientes funciones: 1) Formular observaciones generales sobre la comprensión

³³⁴ *Ibíd.*, 11.

³³⁵ *Ibíd.*, 12.

³³⁶ López, "El proyecto revisado de un tratado sobre empresas y derechos humanos", 4.

y aplicación de la convención, 2) Examinar y brindar observaciones finales sobre los informes presentados por los Estados parte y remitirlas al Estado parte interesado para que presente sus observaciones, 3) Apoyar a los Estados en recopilar la información necesaria para garantizar la aplicación de la convención, 4) Presentar un informe anual sobre sus actividades a los Estados y la Asamblea General de las Naciones Unidas.³³⁷

A la luz de lo discutido en este trabajo, las atribuciones de este Comité dejan mucho que desear, ya que no representan ni siquiera los mecanismos no judiciales reseñados por la presidencia del Grupo en su documento, peor aún los mecanismos judiciales y contenciosos recomendados por las Campañas citadas, y otros expertos en la cuestión que han sido analizados a lo largo de este trabajo académico. El Comité limita sus funciones a una especie de órgano asesor que recopilará información de una índole indeterminada, y que ni siquiera podrá recibir quejas o denuncias de los afectados por las actividades empresariales de las ETN, es decir su papel no es para nada preponderante en el marco de la convención y no aporta nada para la justicia global en materia de derechos humanos y empresas.

Efectuando un balance general del borrador de instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos se puede señalar que éste adolece de varias inconsistencias y vacíos que deben ser enmendados, y que si bien representa un avance importante en el reconocimiento de la responsabilidad internacional de las ETN y otras empresas para con los derechos humanos, se queda corto frente a la realidad, a la problemática existente y a la justa aspiración de los afectados por las actividades empresariales, que podrían encontrar en este tratado una salida a un conflicto de muchos años, en el que los recursos y la batalla han sido bastante injustos y desproporcionados.

En esta misma línea se presentan las críticas de varios estudiosos, para quienes el primer borrador o borrador cero, ya presentaba seis elementos fundamentales que resultaban cuestionables, y en el borrador revisado se profundiza aún más los vacíos e inconsistencias. Pedro Ramiro, Erika González y Juan Hernández Zubizarreta en una reciente columna de opinión titulada “El tratado internacional para controlar a las multinacionales, cada vez más lejos”, resaltan estas cuestiones. Discuten el que el borrador cero: no se trate de un instrumento jurídico específico para las empresas transnacionales, ya que se centra en los Estados, tal como se ha reiterado en varias opiniones; que además no incorpore mecanismos efectivos para su cumplimiento; deje de

³³⁷ *Ibíd.*, 14.

lado la responsabilidad solidaria de las ETN con sus cadenas de valor globales; no tenga en cuenta la primacía de los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio, o la conocida *lex mercatoria*, entre otras.³³⁸

Aunque el borrador contiene varias importantes disposiciones que permitirían responsabilizar a las empresas en el concierto internacional, su principal obligado y por lo tanto, su principal foco de atención, sigue siendo el Estado, y a pesar de que lo correcto en la mayoría de los casos es que sea así, que el depositario de las responsabilidades y obligaciones sea el Estado, en este caso, el hecho de responsabilizar casi que enteramente al Estado, deja de lado la posibilidad de establecer en el instrumento internacional obligaciones directamente exigibles a las personas jurídicas, en este caso empresas transnacionales.

En la propuesta de convención faltan muchos de los elementos discutidos, tales como: la responsabilidad de las organizaciones financieras internacionales, la inclusión de las empresas públicas transnacionales, el reforzamiento de las obligaciones extraterritoriales de los Estados, la caracterización precisa y directa de las obligaciones de los Estados y las ETN, los mecanismos de promoción y respeto del tratado, entre otros.

“El tratado está más cerca de convertirse en una versión remozada de los Principios Rectores”, sentencian Juan Hernández y otros en el artículo citado, ya que del mismo no se derivaría ninguna obligación jurídica nueva, y menos aún la creación de normas internacionales que privilegien a los derechos humanos por sobre la *lex mercatoria*.³³⁹ De manera que los cambios que ha sufrido la propuesta de tratado, significan una involución en el proceso que las Naciones Unidas ha venido afrontando desde hace varias décadas, y en esto han tenido mucho que ver las propias empresas transnacionales, que con su lobby han logrado importantes modificaciones al instrumento internacional.³⁴⁰

Estos autores señalan que “poco a poco, el tratado va convirtiéndose en un documento irreconocible en relación a los debates y a las propuestas formuladas entre 2015 y 2018.”³⁴¹ El borrador revisado del tratado ha retrocedido en muchos de los conceptos clave que se abordaron en las discusiones del Grupo de Trabajo y que

³³⁸ Pedro Ramiro, Erika González, y Juan Hernández Zubizarreta, “El tratado internacional para controlar a las multinacionales, cada vez más lejos”, *El Salto*, 15 de octubre de 2019, párr. 2, <https://www.elsaltodiario.com/derechos-humanos/instrumento-internacional-juridicamente-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos>.

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ *Ibíd.*

³⁴¹ *Ibíd.*

aterrizaron en el borrador cero, y parece desvanecer cada vez con más fuerza las obligaciones de las empresas transnacionales como sujeto de las mismas en el derecho internacional, centrándose casi exclusivamente en los Estados.

De aquí nace la preocupación- fundada por supuesto- de que el instrumento jurídico internacional vinculante que se proponga a las Naciones Unidas no refleje las propuestas de la ciudadanía mundial y de los afectados principalmente, y que en este sentido tampoco llegue a cumplirse la redacción de un instrumento en la medida de las expectativas de todos los actores que gravitan el asunto.

Luis Espinosa a modo de respuesta a esta crítica, indica que el nivel de ambición que había al inicio de las discusiones ha tenido que ir reduciéndose considerablemente por el choque con la realidad. La disyuntiva con la que se ha encontrado Ecuador es sobre ir por lo más ambicioso y quedarse sin apoyo, o bajar ese nivel de ambición y conseguir el siguiente paso, que sería la expedición de este instrumento jurídicamente vinculante que cuente con apoyo de una masa crítica importante de Estados que ratifiquen su adhesión a la iniciativa. Sin embargo, confirma que el Ecuador persigue un objetivo claro que apunta hacia la expedición del instrumento jurídicamente vinculante, y que, si bien se puede dar ese desencanto sobre el texto de los borradores, sino hay un instrumento vinculante habrá que reconocer que la iniciativa internacional ha fracasado.³⁴²

Considerando lo complicada que puede ser una iniciativa como esta, como en efecto lo es, la negociación podría tomar muchos años, incluso podría perderse en el camino debido al desinterés de los Estado que son finalmente los que deben firmar y ratificar el tratado, en este sentido, Ecuador sabe que el trabajo podría tomar muchos años más, desde la adopción de la resolución y la creación del Grupo de Trabajo han pasado solamente 6 años, y aunque pareciera ser mucho tiempo, otras iniciativas, incluso más sencillas que esta han tomado hasta 20 años. Por ejemplo, la Declaración de Pueblos Indígenas, que ni siquiera es un instrumento vinculante, tomó 20 años para su adopción.

De tal manera que es claro, que un instrumento de este tipo no tardará poco en discutirse, y los representantes del Ecuador están claros en aquello, y señalan que hay paciencia, que la negociación debe darse pasito a pasito y que el objetivo sería sumar a más Estados que en el tiempo se den cuenta de las bondades del proceso y de su resultado. La Unión Europea, comenta Espinosa, aún no tiene mandato de negociación, lo que significa que aunque participa en los debates, no tiene la potestad aún de opinar sobre el

³⁴² Espinosa, entrevista del autor.

texto, y pedir cambios, o solicitar aclaraciones, lo que sin duda complica la negociación, la idea es que esto pronto se supere y tanto la Unión Europea, como otros países sedes de las matrices de las ETN se sienten en la mesa de negociación a opinar sobre un futuro tratado de empresas y derechos humanos.³⁴³

Lo que queda claro luego de la revisión de los borradores del instrumento jurídicamente vinculante, de las críticas y propuestas en torno a este, y de la posición del Ecuador, es que si bien el instrumento podría no ver la “luz del día” como dice el argot popular, el Ecuador se sentiría complacido con haber abanderado la que consideran como la más importante iniciativa de derecho internacional en la actualidad.

El papel del Ecuador ha sido el de ser canalizador de una discusión más amplia, a la que tanto los Estados como la sociedad civil se han sumado, reconociendo que a pesar de que existen muchas empresas transnacionales y locales o domésticas que tienen un interés legítimo en cumplir con los derechos humanos, también existen otras que con su accionar tienen el potencial de violentar los derechos humanos, y que ante la laxitud de un derecho internacional construido en favor del mercado, y de unos derechos nacionales que en muchos casos parecen ser ineficaces ante estos grandes agentes del mercado, se hace necesario adoptar unos estándares, a través de un instrumento internacional que obligue a todas las empresas, no solo a respetar los derechos humanos, sino a velar por su cumplimiento de manera activa y participativa.

Quizás la adopción de un tratado rector de empresas y derechos humanos, que, aunque no establezca obligaciones directas para las empresas, pero si obligue a los Estados a tomar medidas más efectivas para el control de las actividades empresariales, pueda constituir el primer peldaño, no el final, para construir un ambiente empresarial más respetuoso y consciente de su papel para con los derechos humanos. La ambición de tener un instrumento jurídico internacional que constituya la panacea para todos los males que los abusos y las violaciones a los derechos humanos provocadas por las empresas, en las personas, parece ser en este punto, solamente una quimera, una ilusión que, aunque justa, tiene que reconocer que no existe el ambiente en el concierto internacional para lograr tal iniciativa.

Solamente expidiendo un instrumento que sea vinculante, ya se tendría el día de mañana una batalla ganada, ya que las empresas se verán cada vez más compelidas por la

³⁴³ *Ibíd.*

sociedad a ser respetuosas del ser humano y de su dignidad intrínseca en sus actividades, y este instrumento lo reconocería y fortalecería.

La discusión aún es larga, pero no hay que deponer los esfuerzos necesarios para que llegue a buen término, y se pueda contar pronto, con un estándar mayor de respeto y cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas.

4. La visión empresarial sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos

Antes de cerrar esta discusión, se hace preciso incluir la visión de los actores, especialmente los actores empresariales, para evaluar su posición respecto de la propuesta de tratado internacional, pero también de la propia vinculación entre empresas y derechos humanos. Para este menester, se efectuaron dos entrevistas claves a actores empresariales de distintas vertientes, que fundamentan el debate en este apartado. La primera a un dirigente del sector empresarial ecuatoriano, y la segunda a un dirigente de un naciente movimiento que propugna la adopción de negocios con conciencia y con visión y misión social.

En primer lugar, hay que señalar que respecto de la propuesta de instrumento jurídicamente vinculante que está redactando el Grupo de Trabajo presidido por el Ecuador, los representantes empresariales consultados no tenían conocimiento, ni de la iniciativa presentada por el Ecuador, peor aún de un texto determinado de dicho instrumento.³⁴⁴ Sin embargo, según Luis Espinosa funcionario entrevistado de Cancillería, existen críticas en Ecuador a la iniciativa planteada, aun cuando ni siquiera se conoce el texto, en términos de que esto ahuyentaría la inversión extranjera, empero otros serían los factores para que la inversión extranjera no ingrese al país, como la inseguridad jurídica, o el régimen tributario cambiante.³⁴⁵

Los derechos humanos no son ajenos a estos dos dirigentes, tanto Roberto Aspiazu, quien se desempeña como Director Ejecutivo del Comité Empresarial Ecuatoriano, y quien es un destacado periodista con una trayectoria de larga data, así como José Ignacio Morejón, joven abogado y Director Ejecutivo del Sistema B Ecuador, conocen bien los conceptos básicos y las acepciones más importantes de los derechos humanos. Al identificar lo que implicaría para ellos una violación de derechos humanos,

³⁴⁴ Roberto Aspiazu Estrada, entrevistado por el autor, 6 de febrero de 2020. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 2. Y José Ignacio Morejón, entrevistado por el autor, 7 de febrero de 2020. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 2.

³⁴⁵ Espinosa, entrevista del autor.

han mencionado que sería un menoscabo, un detrimento si se quiere, a un derecho humano, e identifican ejemplos concretos de violación de los derechos humanos. Roberto Aspiazu señala que, durante el gobierno de Rafael Correa, la Ley de Comunicación que fue expedida por la Asamblea Nacional coartó los derechos humanos a la libertad de comunicación, y a la libertad de expresión.³⁴⁶ Ambos dirigentes ubican al Estado como el principal responsable de una violación de los derechos humanos, Aspiazu señala que la violación corresponde al ejercicio de la autoridad, por lo que quienes ostentan el poder son los que están en responsabilidad de respetar los derechos humanos. También sostiene que las empresas serían en pocos casos responsables por las violaciones, y que en el Ecuador las empresas han venido trabajando muy bien en una agenda de derechos humanos en conjunto con el Estado, así que las violaciones que se pudieren producir serán poco frecuentes y acotadas.³⁴⁷

Morejón, sin embargo, señala que las violaciones pueden venir de distintas fuentes, y aunque considera que técnicamente el Estado es el responsable por las violaciones de derechos humanos, hoy en día la dinámica de uno a uno entre privados también puede encarnar abusos y por ende violaciones de los derechos humanos. En esta línea no sería descabellado pensar en que una empresa pueda violar los derechos humanos, porque estos se convierten en valores que se viven y se practican en el día a día.³⁴⁸

En cuanto a la relación entre empresas y derechos humanos, cabe destacar lo que estos dos representantes del empresariado piensan sobre la empresa, y su relación con los derechos humanos. Para Aspiazu, el emprendimiento es sin duda una organización de ámbito privado para ejercer el derecho a la libre empresa para efectos de dedicarse a alguna actividad de índole comercial, de la industria, de prestación de servicios, entre otros. Señala también que hoy en día hay una tendencia a que los grandes operadores económicos estén al mismo tiempo en muchos países e identifica varias industrias en las que se enmarcan las empresas transnacionales, especialmente en el sector de alimentos y bebidas, telecomunicaciones, petróleo y minería.³⁴⁹

³⁴⁶ Aspiazu, entrevista del autor.

³⁴⁷ *Ibíd.*

³⁴⁸ Morejón, entrevista del autor.

³⁴⁹ Aspiazu, entrevista del autor.

Morejón además de su visión técnico- legal de lo que es una empresa, dada su formación como abogado, aporta un interesante concepto, propio del Sistema B, e indica que la empresa es “[...]un agente que genera impactos y que genera dinámicas que pueden ser comerciales, pero también que pueden tener propósitos más allá de los netamente comerciales”.³⁵⁰ Para Morejón, el propósito de la empresa, al margen de la renta, el lucro, o la maximización de la ganancia de los accionistas, es un propósito social, que es justamente alrededor del cual gira el Sistema B. Este propósito puede estar al servicio de la generación de impactos positivos. Indica que toda acción, independiente de su fuente, sea de una persona natural o una jurídica, siempre va a tener un impacto, y serán impactos positivos y negativos, y a lo que se dirige Sistema B es hacia la potenciación de los impactos positivos, considerando que las empresas tienen un rol dentro de la sociedad, que va más allá de sus obligaciones legales y de la generación de renta, y se trata de la generación de impactos sociales y ambientales positivos.³⁵¹

En esta misma línea, y explorando la relación entre las empresas y los derechos humanos, para ambos dirigentes, no hay ninguna incompatibilidad o conflicto entre empresas y derechos humanos. Aspiazu menciona que hay cada vez una mayor conciencia social de que las empresas tienen que hacer consideraciones de esta naturaleza, ergo trabajan en los derechos humanos en la línea de la responsabilidad social corporativa. Entendiendo que los derechos humanos permiten una convivencia sana y pacífica de los distintos elementos de la sociedad, las empresas nacionales o extranjeras, como miembro de esta, tienen que hacer consideraciones de este estilo.³⁵²

Para Morejón, además de no haber incompatibilidad alguna, bien podría decirse que hay una especie de sinergia, ya que lo que es incompatible es una operación económica al margen de los derechos humanos, aquello sería anacrónico. Para él, detrás de las empresas hay seres humanos, y debe comprenderse que atrás de toda operación económica hay personas, que pueden generar impactos en otras personas, pero también en el medio ambiente, donde vive precisamente gente, es decir, finalmente hay personas, gente, detrás de todo esto, y adquirir esa conciencia hace que las empresas vuelvan a humanizarse.³⁵³

³⁵⁰ Morejón, entrevista del autor.

³⁵¹ *Ibíd.*

³⁵² Aspiazu, entrevista del autor.

³⁵³ Morejón, entrevista del autor.

En cuanto a la posible violación de derechos humanos por parte de empresas, hay posiciones distintas. Roberto Aspiazu señala que las leyes del país deberían ser suficientes para que las empresas conduzcan su actuación en base a estas regulaciones, y en el caso de presentarse incumplimientos, el organismo de regulación y control actuará para efectos de sancionar esta mala conducta. De tal forma que se asume que el Estado debe proteger a sus ciudadanos, y defender sus garantías y derechos humanos.³⁵⁴ Esta posición de Aspiazu refleja su inclinación a considerar siempre al Estado como el responsable del respeto y garantía de los derechos humanos, y por tanto de su violación, descartando que puedan ser las empresas las responsables por la violación de derechos humanos.

Para Morejón, hay una responsabilidad moral de las empresas, pero no hay una responsabilidad que haya sido legamente afincada aún, y esto podría constituir una de las limitantes y debilidades del sistema de exigibilidad de derechos humanos en el mundo moderno. Señala que sería importante pensar en instrumentos que permitan responsabilizar a las empresas frente a los derechos humanos. Además, bajo la lógica del Sistema B, las empresas pueden reconocer en sus estatutos ciertos acuerdos mínimos, valores y compromisos mínimos, de tratamiento con los proveedores, clientes, empleados y comunidad en general, que recogerían los principios de los derechos humanos. La exigibilidad de este compromiso para con los derechos humanos dentro de la empresa podría darse a través de la misma gobernanza de la empresa, la que permitiría generar una exigencia y responsabilidad a nivel societario y en general de toda la compañía.³⁵⁵

Respecto de la posibilidad de la expedición de un tratado internacional de empresas y derechos humanos, que como bien se ha señalado, ninguno de los dos consultados conocía, Aspiazu indica que la legislación nacional tiene actualmente mucho vínculo con la legislación internacional, y por tanto con los acuerdos que el Estado ha venido suscribiendo en el ámbito internacional, donde evidentemente la preservación y el respeto de los derechos humanos es algo transversal. Por tanto, no puede haber una desvinculación entre uno y otro, están íntimamente entrelazados y hoy más que nunca las legislaciones locales están fuertemente influenciadas por tendencias modernizantes en el ámbito legal, de tal manera que no hay ámbito de la vida de la sociedad que pueda sustraerse de esa realidad.³⁵⁶ Lo que significa que para el dirigente empresarial la

³⁵⁴ Aspiazu, entrevista del autor.

³⁵⁵ Morejón, entrevista del autor.

³⁵⁶ Aspiazu, entrevista del autor.

legislación nacional es suficiente en tanto esta se encuentre a tono con el derecho internacional para el cual la protección de los derechos humanos sería transversal.

Para Morejón, un tratado internacional de este estilo, más allá de poner un freno a los abusos o a las violaciones, elevaría el estándar de cumplimiento, elevaría el compromiso moral de cumplir con dichos estándares, y lo más importante, facilitaría su exigibilidad, ya que compromete a los Estados dentro de la comunidad internacional. Partiendo de la idea que hoy las operaciones transnacionales y el comercio global superan a muchos Estados en términos de alcance, de poder, y conociendo cómo está el sistema de exigibilidad de derechos humanos, si se responsabiliza solo al Estado, se desconoce a estos nuevos actores de la geopolítica. De ahí que plantear la idea de que los responsables directos de una violación de derechos humanos, como en este caso las empresas, sean las obligadas principales tampoco sería ajeno a la realidad.³⁵⁷

El último tema consultado se refiere a la interrogante sobre si las empresas pueden o no ser garantes de los derechos humanos, y de si estos grandes agentes económicos pueden ser también agentes de cambio. Roberto Aspiazu responde a la inquietud señalando que eventualmente sí, pero que esto depende de la prioridad que las empresas puedan darle a una agenda de esta naturaleza. También indica que esto sería más propio de empresas grandes- es decir transnacionales o domésticas grandes- que de empresas medianas o pequeñas. Las grandes empresas se ocupan de las mejores prácticas en varias materias como la equidad de género en términos de participación laboral, de remuneración, y eso es parte de los avances que se han venido dando en la sociedad global.³⁵⁸

Para José Ignacio Morejón, desde la visión del Sistema B, las empresas son en efecto agentes de cambio. Para él, las empresas que quieran sostenerse en el futuro deben tener esta visión. Señala que hay una tendencia mundial, no por un tema moral o ideológico, sino por un asunto de supervivencia y de necesidad, de que las empresas adopten esta posición. Es claro que cada vez vivimos en un planeta con recursos limitados, con espacio limitado, y una población que crece a paso acelerado, y las empresas deben ser pragmáticas, ya que necesitan insumos, garantizar bienestar a la gente, para que sean mano de obra, proveedores, clientes, de tal forma que deben

³⁵⁷ Morejón, entrevista del autor.

³⁵⁸ Aspiazu, entrevista del autor.

adaptarse a esta dinámica. Las empresas deben aceptar que hay una interdependencia y que, si la gente está mal, las empresas también están mal, quizás no ahora, pero si a la larga, por lo que obligatoriamente tienen que hacer consideraciones para con los derechos humanos. Las empresas tienen y pueden tener esa capacidad multiplicadora de generar impactos positivos más allá de los Estados y más allá del individuo.³⁵⁹

La visión empresarial en el Ecuador es clara, más allá de que existan casos aislados de violación de derechos humanos por parte de empresas, para estos dos dirigentes los derechos humanos pueden y deben estar presentes en las agendas empresariales, con mayor o menor presencia, dependiendo del tamaño de la empresa y de la conciencia que ésta tenga sobre el papel preponderante de los derechos humanos y de la dignidad humana, intrínseca a esos derechos, en sus actividades comerciales. Sin embargo, y aunque en la práctica, las empresas parecen estar innovando y elevando su conciencia moral y su compromiso para con la preservación del ambiente y los derechos humanos, como sucede en el Sistema B, no hay un reconocimiento expreso de que las empresas deban reparar los abusos o violaciones a los derechos humanos que cometan, ya que está plenamente fundado en la conciencia empresarial, que es el Estado el responsable por las violaciones, aún de aquellas que cometan terceros, por su falta de control o sanción.

Para la dirigencia empresarial, la posibilidad de contar con una legislación fuerte, de avanzada, y un control bastante eficiente del Estado, sería más importante que contar con un instrumento jurídicamente vinculante entre empresas y derechos humanos. Aunque un instrumento de esta naturaleza podría elevar el estándar de protección y de cumplimiento, además de homologar a nivel mundial estos principios de respeto y garantía de los derechos, esto no garantizaría el que ciertas empresas violen los derechos humanos, esto va a seguir sucediendo con tratado o no, el nudo gordiano a resolver en esta cuestión es el control y la sanción a estas empresas, sanciones que deben ser ejemplificadores como para inhibir que nuevamente irrespeten los derechos o que otras empresas se vean tentadas a hacerlo.

5. Planteamiento del autor sobre el debate del instrumento jurídicamente vinculante de empresas y derechos humanos

Luego del esfuerzo que ha significado sintetizar en pocas páginas un debate tan trascendental para los derechos humanos, un debate que no ha estado alejado de la

³⁵⁹ Morejón, entrevista del autor.

polémica, que no ha sido ajeno a los embates de la crítica e inclusive el descrédito, y que es por demás inacabado, incompleto y aún perfectible. Como se ha ratificado en varias ocasiones en este trabajo académico, las empresas transnacionales y en general las empresas generan impactos positivos y negativos en el marco de sus actividades, y aunque posiblemente en la generalidad de los casos las empresas se hagan responsables en sus actividades para con los derechos humanos y el medio ambiente, también existen varios casos, documentados, sustentados, plenamente probados y corroborados de violación de derechos, de abusos y de prácticas empresariales que se apartan del marco de la legalidad.

En este sentido, la propuesta trazada por el Grupo de Trabajo que apunta a construir un instrumento jurídicamente vinculante, cuyo principal elemento es justamente la obligatoriedad de acatarlo, en caso de su aprobación y ratificación, es el elemento diferenciador frente a otras propuestas que regulan la conducta empresarial. Finalmente, todas las herramientas, instrumentos, y demás, que no tengan carácter obligatorio para las empresas, serán solamente de referencia y quedan al arbitrio o a la buena voluntad quizás, de las empresas el cumplirlos o no.

En el análisis de los borradores el instrumento, tanto del borrador cero, como del borrador revisado se esbozaron varias de las cuestiones fundamentales que debería contener el futuro instrumento para ser viable y aplicable, y quizás algunos de estos elementos, dada la propia naturaleza del debate en el Grupo de Trabajo, puedan salir del debate y por lo tanto no ser incluidos en el borrador definitivo del instrumento que sería puesto en consideración de los Estados. Sin embargo, para dejar planteadas las líneas fundamentales de lo que sería un tratado de empresas y derechos humanos que considere los nervios centrales de la cuestión, se apuntan las siguientes:

- El instrumento debe obedecer a la necesidad de la protección de todos los derechos humanos, sin importar jerarquía o clasificación alguna, en el marco de las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas.
- El instrumento debe ratificar claramente la preponderancia de los instrumentos de derechos humanos por sobre el derecho comercial global, partiendo de la obviedad de que el sistema internacional debe centrarse en el ser humano y en su dignidad, antes que en el ánimo de lucro.

- El instrumento debe ser lo más claro posible en cuanto a los sujetos obligados del tratado, incluyendo a las empresas transnacionales, empresas y otros agentes económicos que tengan preponderante importancia.
- El instrumento tiene que señalar obligaciones claras para que los Estados incluyan en sus legislaciones todas las medidas necesarias para frenar, sancionar y reparar las actividades empresariales dañosas.
- El instrumento internacional debe contener disposiciones expresas que posibiliten procesos de juzgamiento y de sanción, transparentes, accesibles, gratuitos, y que pongan en igualdad de condiciones a los afectados y a las empresas, para que, en el marco de un reclamo o demanda, los afectados puedan encontrar verdad, justicia y reparación. Si bien, sería deseable contar con organismos internacionales especializados o tribunales competentes para tratar estos casos, en vista de la realidad, sería más efectivo dejar planteada la propuesta para que distintos mecanismos judiciales que hoy existen como la Corte Penal, la Corte Internacional de Justicia, y los Sistemas Regionales de Derechos Humanos, puedan en algún punto asumir el juzgamiento de estas causas en el ámbito internacional, esto sumado a que los Estados donde se asientan las casas matrices de las empresas habiliten el que las empresas puedan ser demandadas en sus Estados por incumplimientos en el exterior.
- El instrumento debe clarificar cuáles serían las obligaciones que se espera los Estados exijan a las empresas afincadas en sus territorios, especialmente las relacionadas al respeto y cumplimiento de los derechos humanos y el respeto al medio ambiente. Lo deseable sería que el instrumento establezca obligaciones directas para las empresas, pero considerando que esto puede ser complejo, debe exigirse a los Estados que tengan esta claridad y se obliguen a hacer cumplir a las empresas.
- El instrumento debe ratificar el principio de responsabilidad estatal, aclarando que son los Estados los garantes naturales y primigenios de los derechos humanos, sin dejar de lado la responsabilidad de los agentes privados, incluyendo quizás un principio de corresponsabilidad entre ambos actores que permita hacer efectiva la responsabilidad y brinde a los afectados instrumentos certeros y efectivos.

- El documento debe contener sendas disposiciones de protección a las víctimas a las que se debe garantizar siempre un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia, a la indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición.
- El documento requiere especificar que cuando el Estado actúe como agente económico debe ser igualmente garante de los derechos humanos.
- El documento debe contener disposiciones acerca de la debida diligencia, para que los Estados además de evaluar el cumplimiento de las empresas, obliguen a éstas a contar con mecanismos de evaluación y control que permitan medir sus impactos en material ambiental y social

Para que el instrumento jurídicamente vinculante llegue a adoptarse y ratificarse en la medida que se requiere, y pueda así convertirse en un instrumento de regulación y control poderoso y efectivo, se requiere además de todo lo señalado de dos condiciones importantes: un rol activo y estratégico del Ecuador como presidente del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, y una sociedad, civil articulada y organizada.

El rol que juega el Ecuador, y su gobierno en la discusión del instrumento jurídicamente vinculante es vital. Al haber sido el proponente e impulsor de la creación del Grupo de Trabajo, debe continuar siendo su engranaje principal. Ciertamente la discusión del tema es tan complicada y escabrosa, que el gobierno del Ecuador debe ser muy inteligente y estratégico en el alcance que le da a cada uno de los debates, de los invitados, de los documentos de análisis, de las posturas, y finalmente del borrador definitivo del instrumento jurídicamente vinculante que en algún punto debe ponerse en conocimiento del Consejo de Derechos Humanos. Y aun cuando el trabajo parece bastante complicado y requiere además de unos recursos humanos, económicos y demás que el Ecuador debe poner a disposición de esta iniciativa, su visión sobre lo trascendental de este documento en el concierto internacional, al que considera como la más ambiciosa iniciativa modernizadora del derecho internacional justificaría todos los esfuerzos necesarios para lograr su objetivo. Habiendo evaluado el trabajo del gobierno ecuatoriano en torno a la cuestión, no se puede sino afirmar que la propuesta, aunque loable y pertinente, sigue estando sujeta a los embates de la economía globalizada, al poder de las empresas transnacionales y al desinterés de ciertos Estados, que pueden ponerle punto final en cualquier momento.

Esto sumando a que aunque el gobierno del Ecuador posiblemente haya acertado en el escenario internacional con su propuesta, lamentablemente existen serias críticas sobre su actuación frente a las empresas transnacionales en el país. Esta a la que se llama “doble rasero”, es una paradoja, ya que “[...]es paradójico que sea el Estado ecuatoriano quien empuje este proceso. Ecuador no ha garantizado los derechos humanos y de la naturaleza dentro del contexto de operaciones empresariales- sobre todo en las industrias extractivas”.³⁶⁰ Las críticas apuntan a que el Ecuador debería antes, de si quiera considerar proponer algo como el instrumento jurídicamente vinculante, poner atención a lo que pasa casa adentro y cumplir con las obligaciones que ha asumido en virtud de los múltiples instrumentos de derechos humanos que ha ratificado.³⁶¹ Auz señala que durante el Examen Periódico Universal realizado en mayo de 2017, el Ecuador recibió 182 recomendaciones sobre derechos humanos, e inclusive Holanda sugirió al Ecuador elaborar y aprobar un plan de acción nacional sobre empresas y derechos humanos, que hasta la fecha no existe, y sin embargo, Ecuador rechazó esta recomendación.³⁶²

Entonces, al margen de considerarse que la posición negociadora del Ecuador en el concierto internacional deba mantenerse fuerte, es importante que tome acción de lo que pasa en el país en cuanto a empresas transnacionales se refiere, no puede dejar de controlar, supervisar, juzgar y sancionar a las empresas por sus actividades potencialmente dañosas, y esperar a que el instrumento internacional quizás las responsabilice en el ámbito internacional. Esto sería una elusión injustificada de sus obligaciones en materia de derechos humanos, que además de verse sospechosa, causa vergüenza para el país que preside el Grupo de Trabajo que construye el instrumento internacional que quiere poner freno a estas prácticas.

El segundo condicionante es la participación de la sociedad civil. Según comentaba Luis Espinosa en la entrevista reseñada, la participación de la sociedad civil en los debates del Grupo de Trabajo ha sido fundamental, ya que además de haber participado en espacios específicos para tratar sus propuestas, las que han sido bien recibidas en la discusión del Grupo, posiblemente han influenciado hasta a sus propios Estados, como sucedió con la Unión Europea que vio a su sociedad civil articulada en

³⁶⁰ Juan Auz, “El doble rasero de Ecuador con las empresas transnacionales”, GK, 29 de octubre de 2017, <https://gk.city/2017/10/29/empresas-transnacionales-derechos-humanos/>.

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² *Ibíd.*

organizaciones sin fines de lucro que apoyan la propuesta de expedir un tratado regulador de empresas y derechos humanos.³⁶³

Además, en este trabajo académico también se refirieron propuestas de organizaciones de la sociedad civil que han planteado sus propias visiones sobre lo que debe contener y regular el instrumento jurídicamente vinculante, propuestas que además de ser bastante bien fundamentadas, parecen estar en conocimiento de los miembros del Grupo de Trabajo.

Espinosa también señaló que se han recibido, propuestas, críticas y observaciones de expertos independientes, catedráticos y estudiantes que al igual que al autor de esta tesis, han analizado la cuestión de las empresas y los derechos humanos, por lo que el margen de participación de la sociedad civil ha sido importante y será un elemento determinante para que los Estados se vean compelidos a participar de la discusión y posteriormente, adoptar y ratificar el tratado regulador.³⁶⁴

El rol de la sociedad civil, y el papel que juega en este debate, es trascendental. Cuando los Estados se niegan a apoyar una iniciativa, o a adoptar un tratado o declaración de derechos humanos, o en su defecto a aplicar- garantizar, respetar- los derechos que de estos instrumentos devienen, es la sociedad civil organizada de cada país la que debe presionar a que sus gobiernos para que lo hagan. Las marchas, recolección de firmas, interpelación a funcionarios públicos, demandas, recursos judiciales, presión a los medios de comunicación, protestas pacíficas, organización de encuentros académicos o sociales, e incluso los actos culturales y educativos, son herramientas que la sociedad civil articulada con la academia, puede utilizar para forzar a sus gobiernos a adoptar una decisión para garantizar sus derechos, como esta de apoyar un instrumento jurídicamente vinculante de empresas y derechos humanos.

Penosamente la sociedad civil en el Ecuador parece estar poco enterada de la propuesta que el Estado ha formulado sobre la adopción de este tratado regulador. Los líderes empresariales consultados no conocían de la propuesta, lo que da a pensar que seguramente la generalidad de empresarios: pequeños, medianos y grandes en el país tampoco la conocen. Si se consulta en universidades, colegios profesionales, medios de

³⁶³ Espinosa, entrevista del autor.

³⁶⁴ *Ibíd.*

comunicación, sector público, y en general en la sociedad ecuatoriana, muy probablemente, el conocimiento de la propuesta sea nulo o casi nulo.

De ahí la propuesta de que el gobierno, sea cual fuere, porque una iniciativa de esta índole debe ser apoyada por el gobierno de turno que se sucediere, difunda de manera adecuada la iniciativa, a fin de que sea debatida a todo nivel, pero especialmente en el académico. Posiblemente, la sociedad civil ecuatoriana tenga mucho que decirle al gobierno sobre su propuesta, y sobre cómo debe reflejar su posición en la práctica interna.

De cara al proceso que debe enfrentar el instrumento internacional para su adopción, y entendiendo que finalmente quienes son los llamados a apoyar la iniciativa, a participar de los debates, acordar un texto, adoptarlo y consecuentemente ratificarlo, son los Estados, la presión de la sociedad civil debe ser ejercida con los gobiernos de las naciones del mundo, especialmente de los países que son sedes de las empresas transnacionales. Además, para enriquecer el debate teórico y práctico que el Grupo de Trabajo está llevando a cabo, se sugiere participar a través de los mismos medios dispuestos por el grupo para el envío de observaciones, sugerencias, críticas, como el correo electrónico, la visualización de las sesiones virtuales, o quizás la asistencia al espacio para la sociedad civil en el período de sesiones del grupo.

Conclusiones

Las empresas transnacionales sin duda alguna son actores estratégicos de la economía, la política y la sociedad mundial contemporánea, además de ser el eje central de la globalización que ha traído consigo el capitalismo moderno. Estas personas jurídicas que se calculan en más de 40.000 alrededor del todo el planeta tienen importante impacto en todos los órdenes de la vida de las personas y las comunidades, dan empleo a varios cientos de millones de personas, son el motor del desarrollo de varias naciones, son también el artífice de las mayores innovaciones conocidas por la raza humana, el engranaje principal de la economía, la industria, y el capital, pero además son tan controversiales como grandes. Su poder e influencia rebasa las fronteras nacionales, y es capaz de doblegar voluntades políticas, comprar conciencias, alterar el orden mundial, afectar las democracias, y en general tocar el compás con el que se mueve el mundo. Siendo tan grandes y poderosos, bien podrían ser considerados como ese “leviatán” del que hablaba Thomas Hobbes hace ya varios siglos.

Considerando su tamaño e influencia es impensable que sus actividades no afecten los derechos humanos de las personas, su accionar tiene impacto directo en un amplio catálogo de derechos humanos que han sido descritos con toda claridad en este trabajo: desde violación de derechos laborales, pasando por afectaciones ambientales, violación de derechos civiles y políticos hasta la posible violación del derecho a la vida, las empresas pueden ser responsables por múltiples violaciones de derechos humanos, cometidas de todas las formas, en todos los tiempos y en muchos sitios del mundo. Su crecimiento y desarrollo ha ido de la mano no solo de prosperidad económica, sino también de abusos en contra de miles de personas y comunidades.

En el Ecuador, compañías como Chevron o la propia minera ECSA habrían provocado afectaciones no solo al medio ambiente, sino a muchas personas, especialmente vulnerables, como las mujeres, los niños, los ancianos o los pueblos indígenas. Los gobiernos que se han sucedido en el poder han sido sus principales aliados, les han permitido actuar en ese marco de impunidad, y han acallado las voces de protesta de los afectados.

Quizás por esta triste historia, muestra de una relación compleja entre las empresas y el Estado, es que el Ecuador propuso en el seno de las Naciones Unidas la expedición de un tratado internacional de empresas y derechos humanos, que pretende poner un freno a las violaciones de derechos humanos perpetradas por éstas. O posiblemente se deba a

la incapacidad del Ecuador de sancionar a las empresas que violenten los derechos humanos y fundamentales de sus ciudadanos, y a la falta de voluntad para obligarlas a cumplir con su ordenamiento jurídico y el derecho internacional de los derechos humanos. Quizás es también un lavado de conciencia, que busca su reivindicación con todos quienes han sido objeto de un menoscabo o violación de sus derechos, o finalmente una estrategia para posicionar al país en el concierto internacional con un debate inédito. Lo cierto es que Ecuador como país en vías de desarrollo, buscando protagonismo mundial, y procurando la supuesta defensa de la naturaleza y las personas, logró canalizar el sentimiento de muchos actores en relación con los fallidos proyectos de responsabilizar a las empresas.

Recordando que el debate sobre la responsabilización de las empresas no es nuevo, ya que viene tratándose en las Naciones Unidas desde hace varios años, parece ser que el aparente fracaso de los Principios Rectores de Ruggie que carecen de fuerza vinculante y coercitiva, sumado a la falta de voluntad política, especialmente de los países del norte, que son coincidentemente sede de más del 80% de las empresas transnacionales, han dado mayor trascendencia e importancia a la propuesta del Ecuador de crear este Grupo de Trabajo Intergubernamental que ha venido trabajando desde 2014 en la propuesta de instrumento jurídico vinculante.

Y es que neutralizar la fuerza del Derecho Comercial Global o *lex Mercatoria* que ha dado preeminencia a las empresas transnacionales ha sido por decir lo menos, muy complejo. Ni el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con sus sistemas de protección ha sido capaz hasta la fecha de neutralizar la fuerza de los tratados bilaterales de inversión, acuerdos comerciales y demás instrumentos de la *lex mercatoria* que constituyen el marco de actuación y control de las empresas transnacionales. Los tratados de derechos humanos se han limitado a establecer obligaciones y responsabilidades a los sujetos primigenios y clásicos del derecho internacional, los Estados, dejando de lado la posibilidad de hacer responsables a las personas naturales o jurídicas, ya que estas se hacen responsables solamente a través de los Estados. Pero ¿qué hacer en casos como el de Estados Unidos que ni siquiera ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y que es sede de un importante número de empresas transnacionales?

Ventajosamente, la teoría e incluso la práctica internacional han avanzado hasta el punto de subjetivar a las personas por fuera de sus Estados, otorgándoles un status que les permite ser juzgadas por tribunales competentes, como el caso de la Corte Penal

Internacional. Actualmente, los argumentos a favor de responsabilizar a las empresas transnacionales son cada vez más y más sólidos, el hecho que sean sujetos de beneficios y prerrogativas en los tratados bilaterales de inversión, o que puedan demandar a los Estados como en el CIADI, significa que son en efecto, sujetos del derecho internacional, entonces si pueden tener tales beneficios, ¿por qué no pueden tener obligaciones y responsabilidades?, ¿por qué no se los considera sujetos plenos del derecho internacional?. Tal como se ha visto, parece ser solamente un asunto de pura conveniencia, ya que la práctica está dada, solo basta con elevarlas a la calidad de sujetos del derecho internacional al igual que los Estados. Esto viene dado además ya que cada vez más Estados consideran en sus legislaciones internas como responsables penalmente a las empresas, por lo que también pueden serlo en el escenario internacional.

La propuesta de tratado internacional de empresas y derechos humanos, que se ha formulado en sus primeros borradores, contiene elementos que permiten hacer esto, hacer responsables a las empresas por las violaciones a los derechos humanos que cometieren. Aunque los borradores difundidos no cumplen con las expectativas de todos los actores que gravitan la cuestión, son sin duda un punto de partida de diametral importancia para llegar a contar en algunos años con un tratado internacional de empresas y derechos humanos. A pesar de las duras críticas que se han hecho a los borradores del tratado, a los que se ha denostado por su falta de dureza y quizás por la falta de definición de una línea clara de responsabilidad internacional para con las empresas, tampoco se puede desconocer que los elementos que contienen dichos borradores han retomado importantes propuestas de varios sectores académicos y de la sociedad civil del mundo entero. En esta tesis se han dejado sentadas las líneas fundamentales sobre las que descansaría un futuro tratado, que, aunque no llegue a responsabilizar directamente a las empresas, tienen el potencial de establecer obligaciones más claras para el control de las empresas por parte de los Estados. Ciertamente buscar que el proyecto de tratado contenga todas las propuestas formuladas es demasiado ambicioso, y una posición negociadora en el ámbito internacional si bien puede iniciar por lo más ambicioso, no puede, si quiere sostenerse en el futuro, seguir en esa línea, debe aterrizar la discusión procurando conciliar las distintas posiciones para hallar puntos de encuentro y coincidencias que permitan redactar una propuesta de instrumento jurídicamente vinculante que los Estados tengan la voluntad de apoyar.

En este escenario, la negociación del futuro tratado no se vislumbra fácil, la propia influencia y maniqueo de las empresas transnacionales a través de sus Estados sede puede acabar con todos los esfuerzos de un plumazo. El Grupo de Trabajo puede inclusive acordar un texto que sea fruto de las propuestas de todos los sectores, y aunque perfectible, puede ser un instrumento bastante adecuado para responsabilizar a las empresas y mitigar el impacto en los derechos humanos, pero sin la voluntad política de los Estados, el tratado podría no ver la luz jamás. El objetivo del Estado ecuatoriano en la negociación es lograr que una importante masa crítica de Estados apoye el instrumento, de tal forma que este pueda pasar al debate en el seno de las Naciones Unidas, y quizás así algún día llegar a convertirse en realidad. Depende especialmente de la sociedad civil y la academia, que los Estados den pasos certeros hacia la adopción de este instrumento jurídico vinculante que debe ser sin duda más que una declaración lírica de principios, una fuente de obligaciones y responsabilidades para las empresas transnacionales y otras empresas. Lamentablemente, la sociedad civil y la academia en el país proponente, tienen poco conocimiento o casi nulo de la iniciativa internacional, peor aún del texto de la propuesta de instrumento jurídicamente vinculante, de allí que la tarea del gobierno del Ecuador no solo deba centrarse en el ámbito internacional, sino en que su propia sociedad civil y académica conozcan de la propuesta, se empoderen de ella y aporten al debate con ideas y propuestas cuyo objetivo sea enriquecer el borrador del instrumento. De otra manera se mira a la iniciativa como un mero oportunismo, que dista mucho de la realidad que vive el país en torno a las empresas transnacionales, por lo menos así lo considerarían los pocos críticos que conocen de la propuesta, para quienes la mencionada iniciativa riñe con la propia práctica del Ecuador de cara a las empresas transnacionales. Dicho de otra forma, si en el Ecuador no hay un consenso generalizado sobre la pertinencia de la propuesta, y como se ha dicho un empoderamiento respecto de ella, qué sentido tiene que el Ecuador quiera llevarse las glorias ante el concierto de países en la ONU, si en el propio país hay desconfianza de la posición del Ecuador, y sobre la efectividad que la propuesta o un futuro tratado tenga al interior del país.

Sin embargo, y tomando en cuenta todo lo dicho, debe rescatarse a la propuesta de instrumento jurídicamente vinculante, y quizás más que la propuesta en si misma, traducida en los borradores presentados por el Grupo de Trabajo, al debate, a la discusión encauzada, a las propuestas compartidas y al interés suscitado en torno a la discusión, como lo más loable y valedero en los últimos 40 años de discusión en las Naciones

Unidas. Ciertamente las empresas transnacionales necesitan parámetros de regulación más claros, requieren que todos los países donde ellas se asientan tengan unas mismas reglas, que dichas reglas sean homologadas, para que estas conozcan qué se espera de las ETN con respecto al respeto y cumplimiento de los derechos humanos en todo el mundo. Si la propuesta de instrumento jurídicamente vinculante logra esto, podría decirse que hay mucho ganado, que aún el camino por recorrer es largo, pero que se ha conquistado un hito, el que las reglas sean claras, suficientes y que sean aplicadas en muchos países a la vez.

Considerando el enorme poderío e influencia de las empresas transnacionales en el mundo moderno, el objetivo no debe ser atacarlas con fiereza y doblegar sus voluntades para imponer cosas imposibles, la idea es que reconociendo su capacidad de constituirse en verdaderos agentes de cambio, se las motive a reconocer su impacto negativo en los abusos y violaciones de derechos humanos, para que rectifiquen, se comprometan a su respeto y cumplimiento, y que en última instancia sean otro vehículo con el que cuenten los Estados y la comunidad internacional para lograr que los derechos humanos no sean un privilegio de países desarrollados o de regímenes abiertos o liberales, sino que sean el pan de cada día y práctica común de todos los países y sociedades de todo el mundo. El día en que las empresas transnacionales establezcan estándares sobre inversiones en países que no respetan los derechos humanos, restringiendo su entrada en dichos territorios, será el día en que todos sabremos que las empresas están en la línea correcta hacia la plena vigencia y aplicación de los derechos humanos.

Bibliografía

- Ágora inteligencia colectiva para la sociedad. “¿Estamos más cerca? Nuevo borrador de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos”. 17 de octubre de 2019. <https://www.agorarsc.org/estamos-mas-cerca-nuevo-borrador-de-un-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>.
- Auz, Juan. “El doble rasero de Ecuador con las empresas transnacionales”. GK. 29 de octubre de 2017. <https://gk.city/2017/10/29/empresas-transnacionales-derechos-humanos/>.
- Ávila, Ramiro. “Los principios de Aplicación de los Derechos”. En *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, editado por Luis Ángel Saavedra. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INHREDH, 2009.
- Barberis, Julio. “Las corporaciones económicas internacionales, su status jurídico y su incidencia en la política de los Estados”. En *Las corporaciones económicas internacionales, su status jurídico y su incidencia en la política de los Estados*, María Cristina Amuchastegui y Guillermo Elías Sánchez. La Rioja: Revista In Iure, 2013.
- Blitchz, David. “El Marco Ruggie: una propuesta adecuada para las obligaciones de las empresas en derechos humanos”. *SUR* 7, n.º 12 (2010): 221. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf>.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, <http://www.encyclopediadelapolitica.org/>.
- Briceño, Andrés. *Responsabilidad ambiental objetiva internacional de las empresas multinacionales y/o transnacionales y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Business & Human Rights Resource Center. “Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos: establecimiento y mandato del grupo. Acceso el 15 de noviembre de 2016. <https://business-humanrights.org/es/grupo-de-trabajo-de-las-naciones-unidas-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos-establecimiento-y-mandato-del-grupo-de-trabajo>.
- _____. “Primera reunión del Grupo de Trabajo intergubernamental para tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos”. Acceso el 20 de noviembre de 2016. <https://www.business-humanrights.org/es/primera-reuni%C3%B3n-del-grupo-de-trabajo-intergubernamental-para-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos>

- _____. “Tratado vinculante”. Acceso el 12 de octubre de 2019. <https://www.business-humanrights.org/es/tratado-vinculante>
- _____. “Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas”. 16 de julio de 2018. <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf> .
- Bustamante, Teodoro y Lara Rommel. *El Dorado o la Caja de Pandora: matices para pensar la minería en Ecuador*. Quito: FLACSO Sede Ecuador, 2010.
- Campaña mundial para dismantlar el poder corporativo y poner fin a la impunidad. “8 propuestas para el instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre Empresas Transnacionales (ETNs) y Derechos Humanos”, Acceso el 15 de junio de 2016. <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/11/CampaignSubmission-ES-jul2015.pdf>.
- Campaña mundial para reivindicar la soberanía de los pueblos, dismantlar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad. “Construyendo un tratado sobre derechos humanos y transnacionales en la ONU, avances para detener la impunidad corporativa”. Acceso el 21 de octubre de 2016. <https://www.tni.org/es/publicacion/construyendo-un-tratado-sobre-derechos-humanos-y-transnacionales-en-la-onu>.
- Cantú, Rivera Humberto. “Evaluando los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos a dos años de su adopción”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 3 (2013):167. <http://www.revistaidh.org>.
- _____. “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*, n° 16 (2016):429. <https://www.elsevier.es/es-revista-anuario-mexicano-derecho-internacional-74-pdf-S1870465417300132>.
- CETIM, *Sociedades transnacionales y derechos humanos*. Ginebra: CETIM, 2006.
- CIADI. “Acerca del CIADI”. Acceso el 30 septiembre de 2019. <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>.
- Colectivo de Investigación y Acción Psicosocial Ecuador. *La Herida Abierta del Cóndor: Vulneración de derechos, impactos socio-ecológicos y afectaciones psicosociales provocados por la empresa minera china Ecuacorriente S.A. y el Estado ecuatoriano en el Proyecto Mirador*. Quito: El Chasqui Ediciones, 2017.

Colectivo sobre Financiamiento e Inversiones Chinas, Derechos Humanos y Ambiente (CICDHA). “Informe Alternativo de la Sociedad Civil”. 2008. <http://chinaambienteyderechos.lat/wp-content/uploads/2018/10/Informe-Regional.pdf>.

_____. “Incumplimiento de obligaciones extraterritoriales de la República de China en Ecuador”. Accedido el 04 de febrero de 2020. http://cdes.org.ec/web/wp-content/uploads/2018/10/Informe-Regional_CICDHA.pdf.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española DRAE. <http://dle.rae.es/?id=Q4QmPcP>.

Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento. 29 de diciembre de 2010.

_____. *Código Orgánico del Ambiente*. Registro Oficial 983, Suplemento. 12 de abril de 2017.

_____. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.

_____. Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. “Sentencia”. En *Juicio N°: 17371-2018-00394*. 7 de junio de 2019

_____. *Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*. Registro Oficial 555, Suplemento. 13 de octubre de 2011.

_____. *Ley de Hidrocarburos*, Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018.

_____. *Ley de Minería*, Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018.

_____. Procuraduría General del Estado. *Caso OXY: Defensa jurídica de una decisión soberana y en derecho del Estado Ecuatoriano*. Quito: Procuraduría General del Estado, 2014.

_____. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. “Estados negocian tratado sobre empresas transnacionales y derechos humanos”, Ministerio de Relaciones Exteriores, accedido 16 de junio de 2017, <https://www.cancilleria.gob.ec/estados-negocian-tratado-sobre-empresas-transnacionales-y-derechos-humanos/>

El Comercio. “Cronología de la demanda de la petrolera OXY contra Ecuador”. *El Comercio*. 5 de octubre de 2012.

<http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/cronologia-de-demanda-de-petrolera.html>.

_____. “Tarcisio Granizo: Mientras no se subsanen 14 observaciones en Mirador, no se levantará suspensión”. *El Comercio*. 16 de mayo de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministerio-tarsiciogranizo-observaciones-mirador-mineria.html>.

El Universo. “CIADI ordena a pagar casi \$1000 millones a Petrolera Oxy, dice Rafael Correa”. *El Universo*. 2 de noviembre 2015. <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/11/02/nota/5220131/ciadi-ordena-ecuador-pagar-1000-millones-petrolera-oxy-anuncia>.

_____. “Contratos petroleros de Ecuador se realizarán bajo la modalidad de participación”. *El Universo*. 13 de julio de 2018. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/07/13/nota/6857177/contratos-sector-petrolero-ecuador-se-realizaran-bajo-modalidad>.

_____. “Nuevo fallecido por accidente laboral en proyecto minero Mirador”. *El Universo*. 7 de septiembre de 2019. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/09/07/nota/7507570/nuevo-fallecido-accidente-laboral-proyecto-minero-mirador>.

Feeney, Patricia. “Empresas y derechos humanos: la lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia”. *SUR* 6, n.º 11 (2009): 179. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24915.pdf>.

Feria Tinta, Mónica. “La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento”. *Revista IIDH* 43 (2006):161. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-4.pdf>.

Fernández, José Carlos. *Un nuevo mundo jurídico: la lex mercatoria en América Latina*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

Gómez, Isa Felipe. *Protección internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*. México: Editorial Porrúa, 2005.

Gordillo, Ramiro. *¿El oro del diablo? Ecuador: historia del petróleo*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.

Gudynas, Eduardo. *Extractivismos y corrupción. Anatomía de una íntima relación*. Quito: Abya Yala, 2019.

- Gutiérrez, Rivas Rodrigo. *Poderes Salvajes, Lex Mercatoria y derechos sociales: repensar la Constitución de 1917 a cien años de su promulgación*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- Harari Arjona Raúl y Harari Freire Florencia. *La minería del oro artesanal y a pequeña escala en Ecuador. Trabajo, ambiente y salud*. Quito: Editorial El Conejo, 2016.
- Harari, Raúl. *Condiciones de trabajo en las empresas chinas. Ecuador debate*. Quito: FLACSO, 2015.
- Hernández, Zubizarreta Juan. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa: De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Editorial Hegoa, 2009.
- Iglesias Velasco Alfonso. “Sujetos y actores en el derecho internacional: los casos controvertidos de la Soberana Orden de Malta y del Comité Internacional de la Cruz Roja” Acceso el 15 de octubre de 2019. párr. 11. <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2019/02/edic-1-conversatorio.pdf>
- Jochnick, Chris. “¿Qué implicaciones tiene la sentencia contra Chevron por \$18 mil millones de dólares?”, en *Revista de la Fundación para el debido proceso Empresas y Derechos Humanos una relación compleja*. Washington DC: Fundación para el debido proceso, 2011.
- López, Carlos. “El proyecto revisado de un tratado sobre empresas y derechos humanos: mejoras innovadoras y perspectivas más claras”. *Investment Treaty News*. 2 de octubre de 2019. <https://www.iisd.org/itn/es/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez/>.
- _____. “Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional”. En *Revista de la Fundación para el debido proceso Empresas y Derechos Humanos una relación compleja*. Washington DC: Fundación para el debido proceso, 2011.
- Ius Cogens. “Qué es el Ius Cogens”. Acceso el 18 septiembre de 2019. <http://www.iuscogensinternacional.com/p/que-es-el-ius-cogens.html>.
- Kaleck, Wolfgang y Saage Miriam. *Empresas transnacionales ante los tribunales*. Berlín: Fundación Heinrich Boll, s.f.
- Larrea, Maldonado Carlos. *Hacia una historia ecológica del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.

- Lebuis, Véronique. “Derechos humanos y empresas transnacionales: ¿podrán los tribunales canadienses juzgar a las empresas canadienses por los daños causados en el exterior?”. En *Empresas y Derechos Humanos una relación compleja*. Washington DC: Fundación para el debido proceso, 2011.
- León, María Augusta. *The Human Rights Fundamentals of Conservation in the context of the Extraction of Energy Resources*. Bonn: Universidad de Bonn, 2015.
- Martin, Chenut Kathia y Perruso Camila. “El caso Chevron Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales”, En *Derechos Humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.
- Melish, Tara. *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003.
- Mena, Paul. “Carlos Tejada: Contratos de preventas petroleras son lesivos para el Ecuador”. *El Universo*. 18 de diciembre de 2017.
- Naciones Unidas. *La presencia de las empresas transnacionales en el Ecuador*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 1984.
- Observatorio de Multinacionales en América Latina OMAL. “Qué es una empresa transnacional”. Accedido el 24 de octubre de 2016. <http://omal.info/spip.php?article4858>.
- ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Los Derechos Humanos y los acuerdos comerciales mundiales: las cláusulas de excepción general como medio para proteger los derechos humanos”. 2005. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/WorldTrade_sp.pdf.
- _____. Grupo de Trabajo Intergubernamental del Consejo de Derechos Humanos. “Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. Acceso el 30 de marzo de 2017 <https://www.business-humanrights.org/es/tratado-vinculante>.
- _____. Comité de Derechos Humanos. “Observación General 31 La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto”. 26 de mayo de 2004.

- Plan V. “Ecuador, el más afectado en DDHH por China”. *Plan V*. 15 de octubre de 2018. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-el-mas-afectado-ddhh-china>.
- _____. “El estudio que revela cómo el minero Proyecto Mirador afecta a la salud de los moradores”. *Plan V*. 25 de noviembre de 2019. [https://www.planv.com.ec/historias/politica/el-estudio-que-revela-como-el-minero-proyecto-mirador-afecta-la-salud moradores](https://www.planv.com.ec/historias/politica/el-estudio-que-revela-como-el-minero-proyecto-mirador-afecta-la-salud-moradores).
- Ramiro Pedro, González Erika, y Hernández Zubizarreta Juan. “El tratado internacional para controlar a las multinacionales, cada vez más lejos”. *El Salto*. 15 de octubre de 2019. <https://www.elsaltodiario.com/derechos-humanos/instrumento-internacional-juridicamente-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos>.
- Red DESC. “Informe de posición de la Red DESC sobre el Borrador Revisado para un Tratado jurídicamente vinculante que regule las empresas transnacionales y otras empresas con respecto de los derechos humanos”. *Red DESC*. Acceso el 15 de octubre de 2019 <https://www.escri-net.org/es/noticias/2019/mas-280-miembros-red-desc-piden-un-tratado-mas-fuerte-para-regular-actividades>.
- Red Internacional de Derechos Humanos. “El camino hacia una convención sobre empresas y derechos humanos”. *Red Internacional de Derechos Humanos*. Acceso el 14 de septiembre de 2019. <https://ridh.org/news/el-camino-hacia-una-convencion-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>.
- Redacción Médica. “La política de precios de Aspen, ejemplo de competencia desleal y abusiva”. *Redacción Médica*. 1 de febrero de 2019. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/industria/la-politica-de-precios-de-aspen-ejemplo-de-competencia-desleal-y-abusiva--9617>.
- Sanguineti, Wilfrido. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas transnacionales”. Acceso el 31 de julio de 2018. <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/08/la-tutela-de-los-derechos1.pdf>.
- Sistema Iberoamericano de Responsabilidad Social Empresarial. “A propósito de los derechos humanos de las empresas”. *Sistema Iberoamericano de Responsabilidad Social Empresarial*. Acceso el 12 de noviembre de 2019. <http://sirse.info/a-proposito-de-los-derechos-humanos-en-las-empresas/>.
- Soliz, María Fernanda. *Lo que la mina se llevó: Estudio de impactos psicosociales y socioecosistémicos tras la salida de la empresa Kinross en las comunidades*

ubicadas en la zona de influencia directa del Proyecto Fruta del Norte. Quito: Ediciones La Tierra, 2016.

Teitelbaum, Alejandro. *Al margen de la ley: sociedades transnacionales y derechos humanos*. Bogotá: ILSA, 2007.

Unión de afectados y afectadas por las operaciones petroleras de Texaco-UDAPT. “Juicio contra Chevron Texaco”, accedido 24 de junio 2019. http://ezkerraberri.eus/uploads/erab_1/2015/05/143141620.Resumen%20caso%20actualizado%20del%20caso%20Chevron%20Texaco.pdf.

Verger, Antoni. *El sutil poder de las transnacionales. Lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas en un mundo globalizado*. Barcelona: Icaria Editorial, 2003.

Yanza, Luis. “El juicio a Chevron Texaco. Las apuestas para el Ecuador”, *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*, coord. Guillaume Fontaine. Quito: FLACSO, 2004.

Anexo 1

DETALLE DE NORMATIVA ECUATORIANA RELACIONADA A EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	
CUERPO NORMATIVO	ARTÍCULO
Constitución de la República	<p>Art. 71: " La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.</p> <p>Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.</p> <p>El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema."</p>
	<p>Art. 72: "La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.</p> <p>En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas."</p>
	<p>Art. 73: "El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.</p> <p>Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional."</p>
	<p>Art. 74: " Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.</p> <p>Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado."</p>
	<p>Art. 313: "El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.</p> <p>Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley."</p>

	<p>Art. 315: "El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.</p> <p>Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.</p> <p>Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.</p> <p>La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos."</p>
	<p>Art. 316: "El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.</p> <p>El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley."</p>
	<p>Art. 317: "Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico."</p>
	<p>Art. 319: "Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.</p> <p>El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional."</p>
	<p>Art. 408: "Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.</p> <p>El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota."</p>

	<p>El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad."</p> <p>Art. 416: "Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia [...]: 12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados."</p> <p>Art. 419: "La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que [...]: 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales."</p>
<p>Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado</p>	<p>Art. 1: "Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible."</p> <p>Art. 2: "Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.</p> <p>Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.</p> <p>La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos."</p>

	<p>Art. 36: "Autoridad de Aplicación.- Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país.</p> <p>La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su estructura contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutive de primera instancia."</p>
	<p>Art. 37: " Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.</p> <p>La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación."</p>
	<p>Art.73:" Objeto.- Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.</p> <p>Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o, c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos."

	<p>Art. 77: "Sujetos infractores.- Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.</p> <p>A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de un operador económico es también imputable a los operadores o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.</p> <p>Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas u operadores económicos y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.</p> <p>En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del término fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de los operadores económicos cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate.</p> <p>Una vez que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado haya requerido el pago con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en que se hubiese producido la infracción cuando ello sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.</p> <p>No obstante, no se exigirá el pago contemplado en los párrafos segundo y tercero a las empresas u operadores económicos que demuestren que no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso.</p>
--	---

	<p>Art. 78: "Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.</p> <p>1. Son infracciones leves:</p> <p>a. Haber presentado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16.</p> <p>b. No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16.</p> <p>c. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley.</p> <p>d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.</p> <p>e. Incurrirán en infracción leve las autoridades administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley.</p> <p>f. No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en esta Ley.</p> <p>g. Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan.</p> <p>h. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.</p> <p>2. Son infracciones graves:</p> <p>a. El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en carteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.</p> <p>b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.</p> <p>c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.</p> <p>d. La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.</p> <p>e. La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley.</p> <p>f. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de esta Ley, tratándose de abuso de poder de mercado o acuerdos y prácticas restrictivas.</p> <p>g. No haber cumplido con los compromisos adquiridos de conformidad con esta Ley.</p> <p>h. Suministrar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información engañosa o falsa.</p> <p>3. Son infracciones muy graves:</p> <p>a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o</p>
--	--

	<p>recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.</p> <p>b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.</p> <p>c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.</p> <p>d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones.</p> <p>Las infracciones graves y muy graves se juzgarán independientemente de que puedan constituir conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial.</p>
	<p>Art. 79: " Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:</p> <p>a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.</p> <p>b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.</p> <p>c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.</p> <p>El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes</p>

	<p>legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.</p> <p>En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. <p>La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.</p> <p>De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.</p> <p>Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.</p> <p>La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia."</p>
<p>Código Orgánico del Ambiente</p>	<p>Art. 1: "Objeto.- Este Código tiene por objeto garantizar el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir o sumak kawsa</p> <p>Las disposiciones de este Código regularán los derechos, deberes y garantías ambientales contenidos en la Constitución, así como los instrumentos que fortalecen su ejercicio, los que deberán asegurar la sostenibilidad, conservación, protección y restauración del ambiente, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes sobre la materia que garanticen los mismos fines."</p>

	<p>Art. 2: "Ámbito de aplicación.- Las normas contenidas en este Código, así como las reglamentarias y demás disposiciones técnicas vinculadas a esta materia, son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades, organismos y dependencias que comprenden el sector público, personas naturales y jurídicas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, que se encuentren permanente o temporalmente en el territorio nacional.</p> <p>La regulación del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables y de todas las actividades productivas que se rigen por sus respectivas leyes, deberán observar y cumplir con las disposiciones del presente Código en lo que respecta a la gestión ambiental de las mismas."</p>
	<p>Art. 3: "Fines.- Son fines de este Código:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Regular los derechos, garantías y principios relacionados con el ambiente sano y la naturaleza, previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado; 2. Establecer los principios y lineamientos ambientales que orienten las políticas públicas del Estado. La política nacional ambiental deberá estar incorporada obligatoriamente en los instrumentos y procesos de planificación, decisión y ejecución, a cargo de los organismos y entidades del sector público; 3. Establecer los instrumentos fundamentales del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su aplicación; 4. Establecer, implementar e incentivar los mecanismos e instrumentos para la conservación, uso sostenible y restauración de los ecosistemas, biodiversidad y sus componentes, patrimonio genético, Patrimonio Forestal Nacional, servicios ambientales, zona marino costera y recursos naturales; 5. Regular las actividades que generen impacto y daño ambiental, a través de normas y parámetros que promuevan el respeto a la naturaleza, a la diversidad cultural, así como a los derechos de las generaciones presentes y futuras; 6. Regular y promover el bienestar y la protección animal, así como el manejo y gestión responsable del arbolado urbano; 7. Prevenir, minimizar, evitar y controlar los impactos ambientales, así como establecer las medidas de reparación y restauración de los espacios naturales degradados; 8. Garantizar la participación de las personas de manera equitativa en la conservación, protección, restauración y reparación integral de la naturaleza, así como en la generación de sus beneficios; 9. Establecer los mecanismos que promuevan y fomenten la generación de información ambiental, así como la articulación y coordinación de las entidades públicas, privadas y de la sociedad civil responsables de realizar actividades de gestión e investigación ambiental, de conformidad con los requerimientos y prioridades estatales; 10. Establecer medidas eficaces, eficientes y transversales para enfrentar los efectos del cambio climático a través de acciones de mitigación y adaptación; y, 11. Determinar las atribuciones de la Autoridad Ambiental Nacional como entidad rectora de la política ambiental nacional, las competencias ambientales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y la implementación del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental.

	<p>Art. 9: "Principios ambientales.- En concordancia con lo establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, los principios ambientales que contiene este Código constituyen los fundamentos conceptuales para todas las decisiones y actividades públicas o privadas de las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, en relación con la conservación, uso y manejo sostenible del ambiente. 1. Responsabilidad integral. La responsabilidad de quien promueve una actividad que genere o pueda generar impacto sobre el ambiente, principalmente por la utilización de sustancias, residuos, desechos o materiales tóxicos o peligrosos, abarca de manera integral, responsabilidad compartida y diferenciada. Esto incluye todas las fases de dicha actividad, el ciclo de vida del producto y la gestión del desecho o residuo, desde la generación hasta el momento en que se lo dispone en condiciones de inocuidad para la salud humana y el ambiente.4. El que contamina paga. Quien realice o promueva una actividad que contamine o que lo haga en el futuro, deberá incorporar a sus costos de producción todas las medidas necesarias para prevenirla, evitarla o reducirla. Asimismo, quien contamine estará obligado a la reparación integral y la indemnización a los perjudicados, adoptando medidas de compensación a las poblaciones afectadas y al pago de las sanciones que correspondan.9. Reparación Integral. Es el conjunto de acciones, procesos y medidas, incluidas las de carácter provisional, que aplicados tienden fundamentalmente a revertir impactos y daños ambientales; evitar su recurrencia; y facilitar la restitución de los derechos de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas.</p>
	<p>Art. 10: " De la responsabilidad ambiental.- El Estado, las personas naturales y jurídicas, así como las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, tendrán la obligación jurídica de responder por los daños o impactos ambientales que hayan causado, de conformidad con las normas y los principios ambientales establecidos en este Código."</p>
	<p>Art. 11: "Responsabilidad objetiva.- De conformidad con los principios y garantías ambientales establecidas en la Constitución, toda persona natural o jurídica que cause daño ambiental tendrá responsabilidad objetiva, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. Los operadores de las obras, proyectos o actividades deberán mantener un sistema de control ambiental permanente e implementarán todas las medidas necesarias para prevenir y evitar daños ambientales, especialmente en las actividades que generan mayor riesgo de causarlos."</p>
	<p>Art. 172: "Objeto.- La regularización ambiental tiene como objeto la autorización de la ejecución de los proyectos, obras y actividades públicas, privadas y mixtas, en función de las características particulares de estos y de la magnitud de sus impactos o riesgos ambientales. Para dichos efectos, el impacto ambiental se clasificará como no significativo, bajo, mediano o alto. El Sistema Único de Información Ambiental determinará automáticamente el tipo de permiso ambiental a otorgarse."</p>

	<p>Art. 173: "De las obligaciones del operador.- El operador de un proyecto, obra y actividad, pública, privada o mixta, tendrá la obligación de prevenir, evitar, reducir y, en los casos que sea posible, eliminar los impactos y riesgos ambientales que pueda generar su actividad. Cuando se produzca algún tipo de afectación al ambiente, el operador establecerá todos los mecanismos necesarios para su restauración.</p> <p>El operador deberá promover en su actividad el uso de tecnologías ambientalmente limpias, energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto, prácticas que garanticen la transparencia y acceso a la información, así como la implementación de mejores prácticas ambientales en la producción y consumo."</p>
	<p>Art. 179: "De los estudios de impacto ambiental.- Los estudios de impacto ambiental deberán ser elaborados en aquellos proyectos, obras y actividades que causan mediano y alto impacto o riesgo ambiental para una adecuada y fundamentada evaluación, predicción, identificación e interpretación de dichos riesgos e impactos.</p> <p>Los estudios deberán contener la descripción de la actividad, obra o proyecto, área geográfica, compatibilidad con los usos de suelo próximos, ciclo de vida del proyecto, metodología, herramientas de análisis, plan de manejo ambiental, mecanismos de socialización y participación ciudadana, y demás aspectos previstos en la norma técnica.</p> <p>En los casos en que la Autoridad Ambiental Competente determine que el estudio de impacto ambiental no satisface los requerimientos mínimos previstos en este Código, procederá a observarlo o improbarlo y comunicará esta decisión al operador mediante la resolución motivada correspondiente."</p>
	<p>Art. 180: "Responsables de los estudios, planes de manejo y auditorías ambientales.- La persona natural o jurídica que desea llevar a cabo una actividad, obra o proyecto, así como la que elabora el estudio de impacto, plan de manejo ambiental o la auditoría ambiental de dicha actividad, serán solidariamente responsables por la veracidad y exactitud de sus contenidos, y responderán de conformidad con la ley.</p> <p>Los consultores individuales o las empresas consultoras que realizan estudios, planes de manejo y auditorías ambientales, deberán estar acreditados ante la Autoridad Ambiental Competente y deberán registrarse en el Sistema Único de Información Ambiental. Dicho registro será actualizado periódicamente.</p> <p>La Autoridad Ambiental Nacional dictará los estándares básicos y condiciones requeridas para la elaboración de los estudios, planes de manejo y auditorías ambientales."</p>
	<p>Art. 181: "De los planes de manejo ambiental.- El plan de manejo ambiental será el instrumento de cumplimiento obligatorio para el operador, el mismo que comprende varios subplanes, en función de las características del proyecto, obra o actividad. La finalidad del plan de manejo será establecer en detalle y orden cronológico, las acciones cuya ejecución se requiera para prevenir, evitar, controlar, mitigar, corregir, compensar, restaurar y reparar, según corresponda.</p> <p>Además, contendrá los programas, presupuestos, personas responsables de la ejecución, medios de verificación, cronograma y otros que determine la normativa secundaria."</p>

	<p>Art. 191: "Del monitoreo de la calidad del aire, agua y suelo.- La Autoridad Ambiental Nacional o el Gobierno Autónomo Descentralizado competente, en coordinación con las demás autoridades competentes, según corresponda, realizarán el monitoreo y seguimiento de la calidad del aire, agua y suelo, de conformidad con las normas reglamentarias y técnicas que se expidan para el efecto.</p> <p>Se dictarán y actualizarán periódicamente las normas técnicas, de conformidad con las reglas establecidas en este Código.</p> <p>Las instituciones competentes en la materia promoverán y fomentarán la generación de la información, así como la investigación sobre la contaminación atmosférica, a los cuerpos hídricos y al suelo, con el fin de determinar sus causas, efectos y alternativas para su reducción."</p>
	<p>Art. 201: "De los mecanismos.- El control y seguimiento ambiental puede efectuarse por medio de los siguientes mecanismos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Monitoreo s; 2. Muestreos; 3. Inspecciones; 4. Informes ambientales de cumplimiento; 5. Auditorías Ambientales; 6. Vigilancia ciudadana o comunitaria; y, 7. Otros que establezca la Autoridad Ambiental Competente. <p>En las normas secundarias que emita la Autoridad Ambiental Nacional se establecerá el mecanismo de control que aplique según el impacto generado conforme lo previsto en este Código."</p>
	<p>Art. 208: "Obligatoriedad del monitoreo.- El operador será el responsable del monitoreo de sus emisiones, descargas y vertidos, con la finalidad de que estas cumplan con el parámetro definido en la normativa ambiental. La Autoridad Ambiental Competente, efectuará el seguimiento respectivo y solicitará al operador el monitoreo de las descargas, emisiones y vertidos, o de la calidad de un recurso que pueda verse afectado por su actividad. Los costos del monitoreo serán asumidos por el operador. La normativa secundaria establecerá, según la actividad, el procedimiento y plazo para la entrega, revisión y aprobación de dicho monitoreo.</p> <p>La información generada, procesada y sistematizada de monitoreo será de carácter público y se deberá incorporar al Sistema Único de Información Ambiental y al sistema de información que administre la Autoridad Única del Agua en lo que corresponda."</p>
	<p>Art. 314: "Infracciones administrativas ambientales.- Las infracciones administrativas ambientales son toda acción u omisión que implique violación a las normas ambientales contenidas en este Código.</p> <p>La Autoridad Ambiental Nacional elaborará las normas técnicas específicas para la determinación de las infracciones.</p> <p>Las infracciones serán consideradas como leves, graves y muy graves."</p>

	<p>Art. 316: "Infracciones leves.- Serán las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El inicio de un proyecto, obra o actividad categorizada como de bajo impacto sin la autorización administrativa; 2. El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la autorización administrativa o plan de manejo ambiental, cuando no estén tipificadas como graves o muy graves; 3. La no presentación de las auditorías ambientales y reportes de monitoreo; 4. La generación de residuos o desechos especiales sin la autorización administrativa; 5. El incumplimiento de la obligación de presentar los programas de gestión integral de las existencias caducadas y envases vacíos de las sustancias químicas; 6. La no notificación a la Autoridad Nacional de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca del brote de plagas o enfermedades de especies forestales en las plantaciones forestales productivas; y, 7. El incumplimiento de las medidas de sanidad en materia de medios de propagación vegetal definidos por la Autoridad Nacional de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca."
	<p>Art. 317: "Infracciones graves.- Las siguientes infracciones se considerarán graves y se les aplicará, además de la multa económica, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El aprovechamiento, tenencia, posesión, uso, transporte, movilización, almacenamiento, procesamiento y comercialización de los productos forestales maderables y no maderables, de especies nativas que no estén en alguna categoría de amenaza, condicionadas o restringidas, sin la autorización administrativa o que teniéndola se excedan de lo autorizado. Para esta infracción, se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320; 2. La exportación de madera de especies nativas que no estén en alguna categoría de amenaza, condicionadas o restringidas, sin la autorización administrativa o que teniéndola se excedan de lo autorizado. Se exceptúan las destinadas con fines científicos o de investigación que tengan autorización administrativa. Para esta infracción se podrá aplicar, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320; 3. La caza, pesca, captura, recolección, extracción, tenencia, exportación, importación, transporte, movilización, aprovechamiento, manejo y comercialización de especies de vida silvestre, sus partes, elementos constitutivos, productos o sus derivados, sin autorización administrativa. Para esta infracción se aplicará la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320 y cuando se requiera, la destrucción de los elementos constitutivos, productos o sus derivados; 4. El uso de mecanismos no autorizados para atraer, cazar, pescar y capturar especímenes o sus partes. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320; 5. El incumplimiento de las condiciones y obligaciones de los incentivos forestales estatales otorgados. Para esta infracción se podrá aplicar, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 6 del artículo 320; 6. El no informar oportunamente, por parte de los profesionales con aval oficial de actuación a la Autoridad Ambiental Nacional, de cualquier acto irregular que afecte la sostenibilidad de los bosques

	<p>naturales. Para esta infracción se podrá aplicar, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>7. El incumplimiento de las disposiciones emitidas por la Autoridad Ambiental Nacional para los medios de conservación y manejo ex situ que afecte la vida silvestre o la seguridad de la población. Para esta infracción se aplicarán, según corresponda, las sanciones contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 320;</p> <p>8. El incumplimiento de las normas de manejo, conservación y demás herramientas para las áreas protegidas, que altere sus funciones y afecte la biodiversidad. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320;</p> <p>9. La introducción al territorio nacional de especies exóticas en cualquiera de sus formas sin autorización administrativa. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320;</p> <p>10. El incumplimiento de las normas de bioseguridad definidas por la Autoridad Ambiental Nacional que afecten a la vida silvestre, así como la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. Para esta infracción se aplicarán, según corresponda, las sanciones contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 320;</p> <p>11. El aprovechamiento, posesión, transporte, movilización, almacenamiento, procesamiento, comercialización, importación y exportación de productos forestales maderables y no maderables de las plantaciones forestales productivas sin autorización administrativa. Para esta infracción se aplicarán, según corresponda, las sanciones contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 320;</p> <p>12. El no establecer franjas cortafuegos en las plantaciones forestales productivas o establecerlas de manera insuficiente o mantenerlas indebidamente, de acuerdo a las normas técnicas definidas por la Autoridad Nacional de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. Para esta infracción se podrá aplicar, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>13. El inicio de un proyecto, obra o actividad categorizada como de mediano impacto sin la autorización administrativa. Para esta infracción aplicará la multa económica;</p> <p>14. El no informar dentro del plazo de 24 horas a la Autoridad Ambiental Competente por parte del operador de la obra, proyecto o actividad acerca de situaciones de emergencia, accidentes e incidentes que hayan ocasionado o pudiesen ocasionar daños ambientales. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>15. El no contar con la autorización administrativa cuando se tiene la obligación de obtenerla para la gestión de sustancias químicas peligrosas y la generación de desechos peligrosos. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>16. El incumplimiento del plan de manejo ambiental en el cual no se hayan aplicado los correctivos ordenados por la Autoridad Ambiental Competente. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 5 del artículo 320;</p>
--	---

	<p>17. El incumplimiento de normas técnicas en el manejo integral de sustancias químicas, residuos y desechos. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>18. El incumplimiento de la obligación de presentar los programas de gestión integral de productos que se convierten en desechos peligrosos. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>19. El incumplimiento parcial de las medidas de reparación integral de daños ambientales a las que estaba obligado el operador responsable. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>20. El impedimento a la ejecución del plan de reparación integral. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320;</p> <p>21. El impedimento al control y seguimiento de la Autoridad Ambiental Competente. Para esta infracción aplicará la multa económica; y,</p> <p>22. El incumplimiento de las medidas provisionales dictadas por la Autoridad Ambiental Competente. Para esta infracción aplicará la multa económica.</p>
	<p>Art. 318: "Infracciones muy graves.- Las siguientes infracciones se considerarán muy graves y se les aplicará, además de la multa económica, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El aprovechamiento, tenencia, posesión, uso, transporte, movilización, almacenamiento, procesamiento y comercialización de productos forestales maderables y no maderables de especies nativas que estén en alguna categoría de amenaza, condicionadas o restringidas, sin la autorización administrativa. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320; 2. La caza, pesca, captura, recolección, extracción, tenencia, exportación, importación, transporte, movilización, aprovechamiento, manejo, comercialización de especies de vida silvestre, sus partes, elementos constitutivos, productos o sus derivados, de especies migratorias, endémicas o en alguna categoría de amenaza, que no cuenten con autorización administrativa. Para esta infracción se aplicará la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320 y cuando se requiera, la destrucción de los elementos constitutivos, productos o sus derivados; 3. El asentamiento irregular que afecte la biodiversidad dentro de las áreas protegidas o las áreas del Patrimonio Forestal Nacional. Para esta infracción se aplicará la sanción contenida en el numeral 7 del

	<p style="text-align: center;">artículo 320;</p> <p>4. La quema, destrucción o afectación al ecosistema de bosque natural y ecosistemas frágiles tales como páramos, humedales, manglares, moretales, ecosistemas marinos y marinos costeros. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320;</p> <p>5. El suministro de información incorrecta o que no corresponda a la verdad de los hechos o las personas en la obtención de una autorización administrativa o para el cumplimiento de los mecanismos de control y seguimiento que induzca al cometimiento de errores a la Autoridad Ambiental Competente. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 5 del artículo 320;</p> <p>6. La construcción de obras de infraestructura dentro de las áreas protegidas que no cuenten con la autorización administrativa, de conformidad con las disposiciones contenidas en este Código. Para esta infracción aplicará la multa económica. Se exceptúan de esta disposición, aquellas obras de infraestructura cuyo fin sea cubrir las necesidades básicas, tales como salud y educación o realizar actividades de ecoturismo, siempre y cuando no afecten directa o indirectamente la funcionalidad y la conservación de dicha área;</p> <p>7. La introducción al territorio nacional de especies exóticas en cualquiera de sus formas, que afecten a la biodiversidad y no cuenten con la autorización administrativa. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320;</p> <p>8. El incumplimiento de las normas técnicas sobre las actividades de biotecnología moderna que afecten a la salud humana y la biodiversidad. Para esta infracción se podrán aplicar, según corresponda, las sanciones contenidas en los numerales 2 y 5 del artículo 320;</p> <p>9. La ejecución de plantaciones forestales en lugares prohibidos, de conformidad con las disposiciones contenidas en este Código. Para esta infracción se podrá aplicar, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320;</p> <p>10. La exportación de madera de especies nativas con alguna categoría de amenaza, condicionada o restringida, sin la autorización administrativa o que teniéndola se exceda de lo autorizado. Para esta infracción se aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320;</p> <p>11. El incumplimiento de los límites permisibles sobre vertidos, descargas y emisiones. Para esta infracción aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>12. El inicio de un proyecto, obra o actividad categorizada como de alto impacto que no cuente con la autorización administrativa. Para esta infracción aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320;</p> <p>13. El abandono de infraestructura o cierre de actividades, sin contar con la aprobación de la Autoridad Ambiental Competente. Para esta infracción aplicará la multa económica;</p> <p>14. La introducción o importación al país de residuos y desechos, conforme las condiciones previstas en el artículo 227 de este Código. Para esta infracción aplicará la multa económica;</p> <p>15. La introducción, importación, uso o tenencia de sustancias</p>
--	--

	<p>químicas prohibidas. Para esta infracción además de la multa económica se aplicará la destrucción de los productos; y,</p> <p>16. La exportación de residuos o desechos peligrosos sin las autorizaciones otorgadas por la Autoridad Ambiental Nacional. Para esta infracción aplicará la multa económica"</p> <p>"Art. 320: "Sanciones.- Son sanciones administrativas las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Multa económica; 2. Decomiso de las especies de vida silvestre, nativas, exóticas o invasoras, herramientas, equipos, medios de transporte y demás instrumentos utilizados para cometer la infracción; 3. Destrucción de los productos, medios de transporte, herramientas o bienes utilizados para cometer la infracción; 4. Suspensión temporal de la actividad o del aval oficial de actuación; 5. Revocatoria de la autorización, terminación del contrato y del aval oficial de actuación; 6. Devolución, suspensión, o pérdida de incentivos; y, 7. El desalojo de personas del área donde se está cometiendo la infracción, con garantía plena de sus derechos, así como el desmontaje y la demolición de infraestructura o instrumentos utilizados para cometer la infracción. <p>La obligación de la reparación integral se impondrá en todas las infracciones en la cuales exista la responsabilidad y ocurrencia de daños ambientales, de conformidad con las disposiciones establecidas en este Código.</p> <p>Se impondrá la clausura definitiva de establecimientos, edificaciones o servicios cuando los daños ambientales no han cesado por el incumplimiento de las medidas correctivas ordenadas."</p>
<p>Ley de Hidrocarburos</p>	<p>Art. 1: " Los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico en que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubiertas por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. Y su explotación se ceñirá a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente."</p> <p>Art. 2: " El Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo anterior en forma directa a través de las Empresas Públicas de Hidrocarburos. De manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades a empresas nacionales o extranjeras, de probada experiencia y capacidad técnica y económica, para lo cual la Secretaría de Hidrocarburos podrá celebrar contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También se podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País."</p> <p>Art. 4: "Se declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases, esto es, el conjunto de operaciones para su obtención, transformación, transporte y comercialización. Por consiguiente, procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la Ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria."</p>

	<p>Art. 6: "Corresponde a la Función Ejecutiva la formulación de la política de hidrocarburos. Para el desarrollo de dicha política, su ejecución y la aplicación de esta Ley; el Estado obrará a través del Ministerio del Ramo y de la Secretaría de Hidrocarburos."</p>
	<p>Art. 23: "Para todo tipo de contrato relativo a la exploración y explotación del petróleo crudo, el período de exploración durará hasta cuatro (4) años, prorrogable hasta dos (2) años más, previa justificación de la contratista y autorización de la Secretaría de Hidrocarburos. La operación deberá comenzar y continuar en el terreno dentro de los seis (6) primeros meses a partir de la inscripción del contrato en el Registro de Hidrocarburos, inscripción que tendrá que realizarse dentro de los treinta (30) días de suscrito el contrato.</p> <p>El período de explotación del petróleo crudo, en todo tipo de contrato, podrá durar hasta veinte (20) años prorrogables por la Secretaría de Hidrocarburos, de acuerdo a lo que se establezca en el plan de desarrollo del área y siempre que convenga a los intereses del Estado"</p>
	<p>Art. 26: "Las empresas extranjeras que deseen celebrar contratos contemplados en esta Ley deberán domiciliarse en el País y cumplir con todos los requisitos previstos en las leyes. Estas empresas extranjeras se sujetarán a los tribunales del País y renunciarán expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Aquella sujeción y esta renuncia se considerarán implícitas en todo contrato celebrado con el Estado o con la Secretaría de Hidrocarburos."</p>
	<p>Art. 31: " PETROECUADOR y los contratistas o asociados, en exploración y explotación de hidrocarburos, en refinación, en transporte y en comercialización, están obligados, en cuanto les corresponda, a lo siguiente [...]: Conducir las operaciones petroleras de acuerdo a las leyes y reglamentos de protección del medio ambiente y de la seguridad del país y con relación a la práctica internacional en materia de preservación de la riqueza ictiológica y de la industria agropecuaria. Para el efecto, en los contratos, constarán las garantías respectivas de las empresas contratistas. [...]</p> <p>Elaborar estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental para prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades. Estos estudios deberán ser evaluados y aprobados por el Ministerio de Energía y Minas en coordinación con los organismos de control ambiental y se encargará de su seguimiento ambiental, directamente o por delegación a firmas auditoras calificadas para el efecto."</p>
	<p>Art. 44: "El Estado percibirá, por concepto de la exploración y explotación de yacimientos hidrocarbúferos, por lo menos los siguientes ingresos: primas de entrada, derechos superficarios, regalías, pagos de compensación, aportes en obras de compensación, participación en los excedentes de los precios de venta del petróleo y por concepto de transporte, participación en las tarifas."</p>
	<p>Art. 49: " El Estado recibirá mensualmente una regalía no inferior al doce y medio por ciento sobre la producción bruta de petróleo crudo medida en los tanques de almacenamiento de los centros de recolección, después de separar el agua y materias extrañas, cuando la producción promedial del mes respectivo no llegue a treinta mil barriles diarios. La regalía se elevará a un mínimo de catorce por ciento cuando la producción promedial en el mes, sea de treinta mil o más y no llegue a sesenta mil barriles diarios; y subirá a un mínimo</p>

	<p>de dieciocho y medio por ciento, cuando la producción promedial en el mes sea de sesenta mil o más barriles por día."</p> <p>Art. 74: "El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista: 1. Dejare de pagar las regalías, primas de entrada, derechos superficiares, participaciones y otros compromisos establecidos en la Ley o en el contrato; o dejare de cumplir cualesquiera de las obligaciones determinadas en el artículo 31 [...]; 14. Provocare, por acción u omisión, daños al medio ambiente, calificados por el Ministerio Sectorial: siempre que no los remediare conforme a lo dispuesto por la autoridad competente [...]."</p> <p>Art. 91: "A petición de una empresa contratista o de la Secretaría de Hidrocarburos, podrá el Ministerio del Ramo, previa declaratoria de utilidad pública, expropiar a favor de la Secretaría de Hidrocarburos, para que ésta ceda su uso a la empresa interesada, terrenos u otros bienes inmuebles, o constituir servidumbres, que fuesen indispensables para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera. Todos los gastos y pagos que deban efectuarse para estos fines correrán por cuenta de la empresa interesada o de la Secretaría de Hidrocarburos."</p> <p>Art. ... (1).- Consulta.- (Agregado por el Art. 40 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- "Antes de la ejecución de planes y programas sobre exploración o explotación de hidrocarburos, que se hallen en tierras asignadas por el Estado ecuatoriano a comunidades indígenas o pueblos negros o afroecuatorianos y, que pudieren afectar el ambiente, Petroecuador, sus filiales o los contratistas o asociados, deberán consultar con las etnias o comunidades. Para ese objeto promoverán asambleas o audiencias públicas para explicar y exponer los planes y fines de sus actividades, las condiciones en que vayan a desarrollarse, el lapso de duración y los posibles impactos ambientales directos o indirectos que puedan ocasionar sobre la comunidad o sus habitantes. De los actos, acuerdos o convenios que se generen como consecuencia de las consultas respecto de los planes y programas de exploración y explotación se dejará constancia escrita, mediante acta o instrumento público. Luego de efectuada la consulta, el ministerio del ramo, adoptará las decisiones que más convinieran a los intereses del Estado."</p> <p>Art. ... (2).- Participación de etnias y comunidades.- (Agregado por el Art. 40 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- "Las comunidades indígenas y los pueblos negros o afroecuatorianos, que se encuentren asentados dentro de las áreas de influencia directa en los que se realicen los trabajos de exploración o explotación de hidrocarburos, podrán beneficiarse de la infraestructura construida por Petroecuador, sus filiales o los contratistas o asociados, una vez que haya concluido la etapa de exploración hidrocarburífera o explotación, si no existiere otra etapa a continuación de ésta, conforme el procedimiento que se determine en el reglamento que se dictará para el efecto."</p> <p>Art. 1: "Del objeto de la Ley.- La presente Ley de Minería norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Se exceptúan de esta Ley, el petróleo y demás hidrocarburos."</p>
--	---

Ley de Minería	<p>El Estado podrá delegar su participación en el sector minero, a empresas mixtas mineras en las cuales tenga mayoría accionaria, o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, para la prospección, exploración y explotación, o el beneficio, fundición y refinación, si fuere el caso, además de la comercialización interna o externa de sustancias minerales."</p>
	<p>Art. 4: "Definición y dirección de la política minera.- Es atribución y deber de la Presidenta o Presidente de la República, la definición y dirección de la política minera del Estado."</p>
	<p>Art. 9: "Atribuciones de la Agencia de Regulación y Control Minero.- Son atribuciones de la Agencia de Regulación y Control Minero, las siguientes [...]:</p> <p>h) Vigilar que en las actividades mineras que ejecutan los titulares de los derechos mineros, no se encuentren trabajando, o prestando servicios a cualquier título, niños, niñas y adolescentes y velar por el cumplimiento del artículo 43 de la Constitución de la República"</p>
	<p>Art. 15: "Utilidad pública.- Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de las servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador"</p>
	<p>Art. 16: "Dominio del Estado sobre minas y yacimientos.Son de propiedad inalienable, imprescriptible, inembargable e irrenunciable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial. El dominio del Estado sobre el subsuelo se ejercerá con independencia del derecho de propiedad sobre los terrenos superficiales que cubren las minas y yacimientos.La explotación de los recursos naturales y el ejercicio de los derechos mineros se ceñirán al Plan Nacional de Desarrollo, a los principios del desarrollo sustentable y sostenible, de la protección y conservación del medio ambiente y de la participación y responsabilidad social, debiendo respetar el patrimonio natural y cultural de las zonas explotadas. Su exploración y explotación racional se realizará en función de los intereses nacionales, por personas naturales o jurídicas, empresas públicas, mixtas o privadas, nacionales o extranjeras, otorgándoles derechos mineros, de conformidad con esta ley.La exploración y explotación de los recursos mineros estará basada en una estrategia de sostenibilidad ambiental pública que priorizará la fiscalización, contraloría, regulación y prevención de la contaminación y remediación ambiental, así como el fomento de la participación social y la veeduría ciudadana."</p>
<p>Art. 19: "Domicilio de extranjeros.- Las personas naturales o jurídicas extranjeras, para ser titulares de derechos mineros, deben tener domicilio legal en el territorio nacional y recibirán el mismo tratamiento que el otorgado a cualquier otra persona natural o jurídica nacional."</p>	

	<p>Art. 21: "Actividad minera nacional.- La actividad minera nacional se desarrolla por medio de empresas públicas, mixtas o privadas, comunitarias, asociativas y familiares, de auto gestión o personas naturales, de conformidad con esta ley. El Estado ejecuta sus actividades mineras por intermedio de la Empresa Nacional Minera y podrá constituir compañías de economía mixta. Las actividades mineras públicas, comunitarias o de autogestión, mixtas y la privada o de personas naturales, gozan de las mismas garantías que les corresponde y merecen la protección estatal, en la forma establecida en la Constitución y en esta ley."</p>
	<p>Art. 25: "De las áreas protegidas.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en áreas protegidas. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República, y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, de conformidad a lo determinado en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador."</p>
	<p>Art. 26: "Actos Administrativos Previos. Para ejecutar las actividades mineras se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos motivados y favorables otorgados previamente por las siguientes instituciones dentro del ámbito de sus respectivas competencias:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Del Ministerio del Ambiente, la respectiva licencia ambiental debidamente otorgada; y, b) De la Autoridad Única del Agua, respecto de la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea y del cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua."
	<p>Art. 28: " Libertad de prospección.- Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta ley"</p>
	<p>Art. 30: "Concesiones mineras.- El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones. La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general."</p>

	<p>Art. 31: " Orogamiento de concesiones mineras.- El Estado otorgará excepcionalmente concesiones mineras a través de un acto administrativo a favor de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, mixtas o privadas, comunitarias, asociativas y de auto gestión, conforme a las prescripciones de la Constitución de la República, esta ley y su reglamento general.</p> <p>El título minero sin perder su carácter personal confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión, haciéndose beneficiario de los réditos económicos que se obtengan de dichos procesos, dentro de los límites establecidos en la presente normativa y luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, el concesionario minero solo puede ejecutar las actividades que le confiere este títulos una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.</p> <p>El título minero constituirá un título valor de acuerdo a las regulaciones que al efecto dicte la Superintendencia de Compañías y la Superintendencia de Bancos, una vez que las reservas mineras contenidas en la concesión sean debidamente valorizadas por la Agencia de Regulación y Control Minero en los términos del respectivo Reglamento de Calificación de Recursos y Reservas Mineras. "</p> <p>El otorgamiento de concesiones mineras no metálicas y de materiales de construcción no estarán sujetas al remate y subasta pública referidos en esta Ley, el reglamento General establecerá el procedimiento para tal efecto, el mismo que en forma explícita deberá contener los requerimientos de solvencia técnica, económica, montos de inversión, ubicación, área, plazos para el desarrollo de actividades de exploración y explotación, beneficio, responsabilidad social, y destino.</p> <p>El testaferrismo será sancionado de conformidad al Código Penal vigente."</p>
	<p>Art. 35: "Dimensión de la concesión y demasía.- Cada concesión minera no podrá exceder de cinco mil hectáreas mineras contiguas. Si entre dos o más concesiones mineras resultare un espacio libre que no llegare a formar una hectárea minera, tal espacio se denominará demasía, que podrá concederse al concesionario colindante que la solicitare."</p>
	<p>Art. 36: "Plazo y etapas de la concesión minera. La concesión minera tendrá un plazo de duración de hasta veinte y cinco años que podrá ser renovada por períodos iguales, siempre y cuando se hubiere presentado petición escrita del concesionario al Ministerio Sectorial para tal fin, antes de su vencimiento y se haya obtenido previamente el informe favorable de la Agencia de Regulación y Control Minero y del Ministerio del Ambiente.</p> <p>En caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente dentro del plazo de 90 días desde la presentación de la petición indicada anteriormente, se producirá el silencio administrativo positivo, en cuyo caso el título minero se renovará por diez años considerando la renegociación objetiva del contrato que amerite. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente.</p> <p>La concesión minera se dividirá en una etapa de exploración y una</p>

	<p>etapa de explotación. A su vez, en la etapa de exploración se distinguirán el período de exploración inicial, el período de exploración avanzada y el período de evaluación económica integral del yacimiento. Que incorporará los minerales principales, secundarios y otros que tengan valor económico."</p>
	<p>Art. 40: "Contrato de Prestación de Servicios- El Estado, a través del Ministerio Sectorial, podrá suscribir un Contrato de Prestación de Servicios en los términos y condiciones establecidas por el Ministerio Sectorial y las ofrecidas por el prestatario al momento de la adjudicación.</p> <p>El Contrato de Prestación de Servicios contendrá tanto la remuneración del prestatario minero como sus obligaciones en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades y actividades de cierre parcial o total de la mina. El modelo de este contrato será aprobado por el Ministerio Sectorial mediante acuerdo ministerial.</p> <p>En este caso, el prestatario no estará obligado a pagar las regalías establecidas en la presente Ley extraordinarias. No obstante lo anterior, el Gobierno destinará los recursos económicos correspondientes al 3% de las ventas de los minerales explotados, a proyectos de desarrollo local sustentable, a través de los gobiernos municipales y juntas parroquiales y, de ser el caso, a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas, para lo cual se establecerá la normativa respectiva.</p> <p>Si los minerales se explotan en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, los recursos económicos correspondientes al 3% de su venta financiarán al Fondo Común para la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y serán invertidos y asignados de conformidad a lo dispuesto en la Ley que la rige</p> <p>En lo demás, el prestatario tendrá los mismos derechos y obligaciones establecidos en el caso de los contratos de explotación minera individualizados en el artículo siguiente."</p>
	<p>Art. 41: "Contrato de Explotación Minera.- En el plazo de seis meses desde la resolución que declara el inicio de la etapa de explotación, el concesionario minero deberá suscribir con el Estado, a través del Ministerio Sectorial, un Contrato de Explotación Minera que contendrá los términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte, y comercialización de los minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera. El modelo de este contrato será aprobado por el Ministerio Sectorial mediante acuerdo ministerial.</p> <p>Asimismo, los contratos deberán contener las obligaciones del concesionario minero en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías y actividades de cierre parcial o total de la mina incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión.</p> <p>El Contrato de Explotación Minera deberá contener el Precio Base para la aplicación de la normativa determinada en la legislación tributaria vigente.</p> <p>El contrato establecerá el derecho del concesionario minero a suspender las actividades mineras sujeto al pago de una compensación económica a favor del Estado, en el caso que las condiciones técnicas o de mercado le impidan cumplir con los plazos</p>

	<p>establecidos para cada una de las etapas y actividades indicadas anteriormente.</p> <p>El titular de una concesión minera no podrá realizar labores de explotación sin haber suscrito previamente el respectivo contrato. No obstante lo anterior, el concesionario hará suyos los minerales que eventualmente obtenga como resultado de los trabajos de exploración.</p> <p>En el desarrollo de las actividades propias de la etapa de explotación, el concesionario minero deberá cumplir con la normativa ambiental vigente y no podrá llevar a cabo dichas actividades sin la correspondiente Licencia Ambiental. La resolución de diferencias y/o controversias que sea materia de estos contratos sólo podrá someterse a los jueces de la Función Judicial del Ecuador o de una instancia de arbitraje en Latinoamérica.</p> <p>El Estado podrá acordar con los concesionarios mineros el pago de rentas y regalías generados por el aprovechamiento de minerales metálicos, con el producto refinado de su explotación en sujeción a lo dispuesto en la presente ley."</p>
	<p>Art. 56: "Explotación ilegal de minerales.- Incurrirán en explotación ilegal de sustancias minerales quienes realicen las operaciones, trabajos y labores de minería en cualquiera de sus fases sin título alguno para ello o sin el permiso legal correspondiente."</p>
	<p>Art. 57: "Sanciones a la actividad minera ilegal- La actividad minera ilegal ejercida por personas naturales o jurídicas, o grupos de personas, nacionales o extranjeras, sin contar con los títulos, autorizaciones, permisos o licencias, será sancionada conforme las prescripciones de este artículo, sin perjuicio de las aplicables en los ámbitos ambiental, tributario o penal, a las que hubiere lugar. Las afectaciones al ambiente y el daño al ecosistema y biodiversidad producidos a consecuencia de la explotación ilícita o invasiones, serán consideradas como agravantes al momento de dictar las resoluciones respecto del amparo administrativo."</p>
	<p>Art. 60: "Aprovechamiento del agua y constitución de servidumbres.- La ejecución de actividades mineras en general y la autorización para la operación de plantas de beneficio, fundición y refinación, requieren el permiso de la autoridad única del agua, para el aprovechamiento económico del agua y podrán solicitar las servidumbres que fueren necesarias de acuerdo con los procedimientos establecidos en la ley que regule los recursos hídricos."</p>
	<p>Art. 61: "Autorización para el aprovechamiento del agua.- Los concesionarios mineros que obtengan el permiso para el aprovechamiento de la autoridad única del agua deberán presentar ante el Ministerio Sectorial el estudio técnico que justifique la idoneidad de los trabajos a realizarse y que han sido aprobados por la autoridad de aguas competente.</p> <p>Las aguas alumbradas durante las labores mineras podrán ser usadas por el concesionario minero, previa autorización de la autoridad única del agua, con la obligación de descargarlas, observando los requisitos, límites permisibles y parámetros técnicos establecidos en la legislación ambiental aplicable."</p>

	<p>Art. 6: " Sanción a invasores de áreas mineras.- Los que con el propósito de obtener provecho personal o de terceros, individual o colectivamente, invadan áreas mineras especiales, concesionadas y aquellas que tengan permisos artesanales, atentando contra los derechos del Estado o de los titulares de derechos mineros, serán sancionados con una multa de doscientos salarios básicos unificados, el decomiso de herramientas, equipos y producción obtenida, sin perjuicio de la demanda de amparo y de las sanciones penales que el caso requiera."</p> <p>Art. 67: "Obligaciones laborales.-Las obligaciones de orden laboral contraídas por los titulares de derechos mineros con sus trabajadores, serán de exclusiva responsabilidad y de ninguna manera se harán extensivas al Estado. En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad minera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde se lleven a cabo actividades mineras. Dichos proyectos deberán ser armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.</p> <p>Para el caso de los trabajadores de la pequeña minería será del 10% del porcentajes de utilidades y el 5% restante será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que lo destinarán a proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en las áreas en donde se lleven a cabo actividades mineras.</p> <p>Las inversiones que realicen los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberán ser canalizadas a través del Banco del Estado para que efectúe los desembolsos correspondientes.</p> <p>Si los minerales se explotan en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, los recursos económicos correspondientes al 12% y 5% de utilidades señalados en los incisos primero y segundo del presente artículo se financiarán al Fondo Común para la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y serán invertidos y asignados de conformidad a lo dispuesto en la Ley que la rige."</p> <p>Art. 68: "Seguridad e higiene minera-industrial.- Los titulares de derechos mineros tienen la obligación de preservar la salud mental y física y la vida de su personal técnico y de sus trabajadores, aplicando las normas de seguridad e higiene minera-industrial previstas en las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, dotándoles de servicios de salud y atención permanente, además, de condiciones higiénicas y cómodas de habitación en los campamentos estables de trabajo, según planos y especificaciones aprobados por la Agencia de Regulación y Control Minero y el Ministerio de Trabajo y Empleo.</p> <p>Los concesionarios mineros están obligados a tener aprobado y en vigencia un Reglamento interno de Salud Ocupacional y Seguridad Minera, sujetándose a las disposiciones al Reglamento de Seguridad Minera y demás Reglamentos pertinentes que para el efecto dictaren las instituciones correspondientes."</p> <p>Art. 70: "Resarcimiento de daños y perjuicios.- Los titulares de concesiones y permisos mineros están obligados a ejecutar sus labores con métodos y técnicas que minimicen los daños al suelo, al medio ambiente, al patrimonio natural o cultural, a las concesiones colindantes, a terceros y, en todo caso, a resarcir cualquier daño o perjuicio que causen en la realización de sus trabajos.</p> <p>La inobservancia de los métodos y técnicas a que se refiere el inciso</p>
--	---

	<p>anterior se considerará como causal de suspensión de las actividades mineras; además de las sanciones correspondientes."</p>
	<p>Art. 75: "Empleo de personal nacional.- Los titulares de derechos mineros están obligados a emplear personal ecuatoriano en una proporción no menor del 80% para el desarrollo de sus operaciones mineras. En el porcentaje restante se preferirá al personal técnico especializado ecuatoriano, de no existir se contratará personal extranjero, el cual deberá cumplir con la legislación ecuatoriana vigente."</p>
	<p>Art. 77: "Apoyo al empleo local y formación de técnicos y profesionales.- Los concesionarios mineros preferentemente contratarán trabajadores residentes en las localidades y zonas aledañas a sus proyectos mineros y mantendrán una política de recursos humanos y bienestar social que integren a las familias de los trabajadores.</p> <p>Asimismo, en sus planes de operación y en coordinación con la Agencia de Regulación y Control Minero, los concesionarios mineros acogerán en sus labores mineras a estudiantes de segundo y tercer nivel de educación para que realicen prácticas y pasantías en el campo de la minería y disciplinas afines, proporcionándoles las facilidades que fueren necesarias."</p>
	<p>Art. 78: " Los titulares de derechos mineros, previamente a la iniciación de las actividades, deberán elaborar y presentar estudios o documentos ambientales, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades; estudios o documentos que deberán ser aprobados por la Autoridad Ambiental competente, con el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental. El Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, que dictará el ministerio del ramo, establecerá los requisitos y procedimientos para la aplicación de este artículo.</p> <p>Para el procedimiento de presentación y calificación de los estudios ambientales, planes de manejo ambiental y otorgamiento de licencias ambientales, los límites permisibles y parámetros técnicos exigibles serán aquellos establecidos en la normativa ambiental minera aplicable.</p> <p>Las actividades mineras previo a la obtención de la respectiva autorización administrativa ambiental, requieren de la presentación de garantías económicas determinadas en la normativa minero ambiental aplicable.</p> <p>Los titulares de derechos mineros están obligados a presentar, al año de haberse emitido la Licencia Ambiental, una auditoría ambiental de cumplimiento que permita a la entidad de control monitorear, vigilar y verificar el cumplimiento de los planes de manejo ambiental y normativa ambiental aplicable. Posterior a esto, las Auditorías Ambientales de Cumplimiento serán presentadas cada dos años, sin perjuicio de ello, las garantías ambientales deberán mantenerse vigentes cada año.</p> <p>En el régimen de minería artesanal, se requerirá la aprobación de fichas ambientales, en tanto que, bajo el régimen de pequeña minería, la licencia ambiental deberá otorgarse para operaciones de exploración/explotación simultáneas debiendo contarse para el efecto con estudios ambientales específicos y simplificados.</p> <p>En los regímenes de mediana y gran minería, para el período de exploración inicial, se requerirá la aprobación de fichas ambientales,</p>

	<p>para la exploración avanzada una declaratoria ambiental, en tanto que, para la etapa de explotación y las fases subsecuentes requerirán de estudios ambientales, mismos que deberán ser modificados o actualizados en dependencia de los resultados. Sobre la base de estos instrumentos, se otorgarán las correspondientes licencias ambientales.</p> <p>Una vez que los titulares de derechos mineros, cumplan de manera satisfactoria con los requisitos establecidos en la normativa aplicable, la aprobación de los documentos, estudios o licencias ambientales, deberán otorgarse en el plazo máximo de seis meses contados a partir de su presentación. De no hacerlo en ese plazo, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras. El funcionario cuya omisión permitió el silencio administrativo positivo será destituido."</p>
	<p>Art. 79: " Tratamiento de aguas.- Los titulares de derechos mineros y mineros artesanales que, previa autorización de la autoridad única del agua, utilicen aguas para sus trabajos y procesos, deben devolverlas al cauce original del río o a la cuenca del lago o laguna de donde fueron tomadas, libres de contaminación o cumpliendo los límites permisibles establecidos en la normativa ambiental y del agua vigentes, con el fin que no se afecte a los derechos de las personas y de la naturaleza reconocidos constitucionalmente.</p> <p>El tratamiento a darse a las aguas para garantizar su calidad y la observancia de los parámetros de calidad ambiental correspondientes, deberá preverse en el respectivo sistema de manejo ambiental, con observancia de lo previsto en las leyes pertinentes y sus reglamentos. La reutilización del agua, a través de sistemas de recirculación es una obligación permanente de los concesionarios</p> <p>Dependiendo del grado de incumplimiento de esta disposición, podrá disponerse la suspensión temporal o definitiva de las actividades mineras, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento establecido en esta Ley y su reglamento general."</p>
	<p>Art. 80: "Revegetación y Reforestación.- Si la actividad minera requiere de trabajos a que obliguen al retiro de la capa vegetal y la tala de árboles, será obligación del titular del derecho minero proceder a la revegetación y reforestación de dicha zona preferentemente con especies nativas, conforme lo establecido en la normativa ambiental y al plan de manejo ambiental."</p>
	<p>Art. 81: " Acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos.- Los titulares de derechos mineros y mineros artesanales, para acumular residuos minero-metalúrgicos deben tomar estrictas precauciones que eviten la contaminación del suelo, agua, aire y/o biota de los lugares donde estos se depositen, en todas sus fases incluyendo la etapa de cierre, construyendo instalaciones como escombreras, rellenos de desechos, depósitos de relaves o represas u otras infraestructuras técnicamente diseñadas y construidas que garanticen un manejo seguro y a largo plazo.</p> <p>Se prohíbe la descarga de desechos de escombros, relaves u otros desechos no tratados, provenientes de cualquier actividad minera, hacia los ríos, quebradas, lagunas u otros sitios donde se presenten riesgos de contaminación.</p> <p>El incumplimiento de esta disposición ocasionará sanciones que pueden llegar a la caducidad de la concesión o permiso."</p>

	<p>Art. 82: "Conservación de la flora y fauna.- Los estudios de impacto ambiental y los planes de manejo ambiental, deberán contener información acerca de las especies de flora y fauna existentes en la zona, así como realizar los estudios de monitoreo y las respectivas medidas de mitigación de impactos en ellas."</p>
	<p>Art. 83: "Manejo de desechos.- El manejo de desechos y residuos sólidos, líquidos y emisiones gaseosas que la actividad minera produzca dentro de los límites del territorio nacional, deberá cumplir con lo establecido en la Constitución y en la normativa ambiental vigente."</p>
	<p>Art. 84: "Protección del ecosistema.- Las actividades mineras en todas sus fases, contarán con medidas de protección del ecosistema, sujetándose a lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador y la normativa ambiental vigente."</p>
	<p>Art. 86: "Daños ambientales.- Para todos los efectos legales derivados de la aplicación de las disposiciones del presente artículo y de la normativa ambiental vigente, la autoridad legal es el Ministerio del Ambiente.</p> <p>Para los delitos ambientales, contra el patrimonio cultural y daños a terceros se estará a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador y en la normativa civil y penal vigente.</p> <p>El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este Capítulo, dará lugar a las sanciones administrativas al titular de derechos mineros y poseedor de permisos respectivos por parte del Ministerio Sectorial, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que diere lugar. Las sanciones administrativas podrán incluir la suspensión de las actividades mineras que forman parte de dicha operación o la caducidad.</p> <p>El procedimiento y los requisitos para la aplicación de dichas sanciones estarán contenidos en el reglamento general de la ley."</p>
	<p>Art. 87: "Derecho a la información, participación y consulta.- El Estado, es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada.</p> <p>Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero.</p> <p>En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial.</p> <p>Todo concesionario minero deberá respetar el derecho de las personas al acceso a los procesos de información, participación y consulta en la gestión ambiental de las actividades mineras. Para todo proceso de consulta, el ministerio de finanzas, proporcionará el respectivo presupuesto a través del ministerio sectorial."</p>

	<p>Art. 88: "Procesos de Información.- A partir del otorgamiento de una concesión minera y durante todas las etapas de ésta, el concesionario, a través del Estado, deberá informar adecuadamente a las autoridades competentes, gobiernos autónomos descentralizados, comunidades y entidades que representen intereses sociales, ambientales o gremiales, acerca de los posibles impactos, tanto positivos como negativos de la actividad minera.</p> <p>La autoridad ambiental deberá dar libre acceso a los estudios ambientales y sociales, formalmente solicitados, así como también a los informes y resoluciones técnicas emitidas por autoridad competente, en la forma como lo determina la Ley."</p>
	<p>Art. 89: "Procesos de Participación y Consulta.- La participación ciudadana es un proceso que tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero, dicho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera, en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley."</p>
	<p>Art. 90: " Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República."</p>
	<p>Art. 91: "Denuncias de Amenazas o Daños Sociales y Ambientales.- Existirá acción popular para denunciar las actividades mineras que generen impactos sociales, culturales o ambientales, las que podrán ser denunciadas por cualquier persona natural o jurídica ante el Ministerio del Ambiente, previo al cumplimiento de los requisitos y formalidades propias de una denuncia, tales como el reconocimiento de firma y rúbrica.</p> <p>El Ministerio del Ambiente adoptará las medidas oportunas que eviten los daños ambientales cuando exista certidumbre científica de los mismos, resultantes de las actividades mineras.</p> <p>En caso de duda sobre el daño ambiental resultante de alguna acción u omisión, el Ministerio del Ambiente en coordinación con la Agencia de Regulación y Control adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas, las que en forma simultánea y en la misma providencia ordenará la práctica de acciones mediante las cuales se compruebe el daño."</p>

	<p>Art. 92: "Regalías a la Actividad Minera.- El Estado, como propietario de los recursos naturales no renovables, tendrá derecho a recibir el pago de regalías de parte de los concesionarios mineros que realizan labores de explotación.</p> <p>Las regalías pagadas por los concesionarios se establecerán con base a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y de los minerales secundarios y serán pagadas semestralmente en los meses de marzo y septiembre de cada año. Los montos por concepto de regalías deberán estar debidamente reflejados en los informes semestrales de producción y en las declaraciones presentadas al Servicio de Rentas Internas.</p> <p>La comercialización de sustancias minerales metálicas explotadas por parte de los concesionarios mineros, se sujetará a un abono del 2% del valor total de cada transacción, por concepto de regalías, de conformidad con los plazos, precios referenciales, contenidos, condiciones y formas que a partir de parámetros técnicos y mediante resolución establezca el Servicio de Rentas Internas. Este abono será considerado como pago previo en las declaraciones semestrales. El comprobante de pago constituye documento habilitante para las operaciones de comercio exterior.</p> <p>Se exceptúa del abono las concesiones mineras por las que se suscriban contratos de explotación en los que se pacte el pago de regalías anticipadas."</p>
--	---

Art. 93: "Regalías a la explotación de minerales.- Los beneficios económicos para el Estado estarán sujetos a lo establecido en el artículo 408 de la Constitución de la República; es decir, que el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto no menor a los del concesionario que los explota.

Para este efecto el concesionario minero, así como las plantas de beneficio, deberán pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, entre el 3% y el 8% sobre las ventas, adicional al pago correspondiente del impuesto a la renta, del porcentaje de utilidades atribuidas al Estado conforme esta Ley y del Impuesto al Valor Agregado determinado en la normativa tributaria vigente. Para establecer la tarifa de la regalía a ser pagada se observarán criterios de progresividad, volúmenes de producción del concesionario minero y/o tipo y precio de los minerales, conforme lo establezca el Reglamento a esta Ley. La presente fórmula de cálculo se aplicará a partir de la vigencia de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal.

La evasión del pago de regalías, será causal de caducidad, sin perjuicio de los efectos civiles y penales a que diere lugar.

El 60% de la regalía será destinado para proyectos de inversión social prioritariamente para cubrir necesidades básicas insatisfechas y desarrollo territorial o productivo, a través del Gobierno Nacional o de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Las inversiones que realicen los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberán ser canalizadas a través del Banco del Estado para que se efectúen los desembolsos.

Si los minerales se explotan en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, los recursos económicos correspondientes al 60% de regalías por su venta financiarán al Fondo Común para la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y serán invertidos y asignados de conformidad a lo dispuesto en la Ley que la rige. Cuando el caso amerite, el 50% de este porcentaje corresponderá a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas y/o circunscripciones territoriales. Estos recursos serán distribuidos priorizando las necesidades de las comunidades que se encuentran en áreas de influencia afectadas directamente por la actividad minera. Los titulares de derechos mineros de pequeña minería, pagarán por concepto de regalías, el 3% de las ventas del mineral principal y los minerales secundarios, tomando como referencia los estándares del mercado internacional.

El porcentaje de regalía para la explotación de minerales no metálicos y materiales de construcción se calculará con base a los costos de producción.

El total de las regalías provenientes de materiales áridos y pétreos serán destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos en donde se generen.

El Reglamento de esta ley y el Contrato de Explotación Minera establecerán los parámetros para la aplicación del pago de regalías, así como también los requisitos para su distribución.

En el Reglamento General de esta Ley, constarán las disposiciones necesarias para la aplicación del artículo 408 de la Constitución de la República del Ecuador."

	<p>Art. 100: "Clases de servidumbres.- Desde el momento en que se constituye una concesión minera o se autoriza la instalación de plantas de beneficio, fundición y refinación, los predios superficiales están sujetos a las siguientes servidumbres:</p> <p>a) La de ser ocupados en toda la extensión requerida por las instalaciones y construcciones propias de la actividad minera. El concesionario minero, deberá de manera obligatoria cancelar al propietario del predio, un valor monetario por concepto de uso y goce de la servidumbre, así como el correspondiente pago por daños y perjuicios que le irrogare. En caso de no existir acuerdo, la Agencia de Regulación y Control determinará ese valor;</p> <p>b) Las de tránsito, acueducto, líneas férreas, aeródromos, andariveles, rampas, cintas transportadoras y todo otro sistema de transporte y comunicación;</p> <p>c) Las establecidas en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico para el caso de instalaciones de servicio eléctrico; [...]"</p> <p>Art. 104: "Indemnización por perjuicios.- Las servidumbres se constituyen previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se causare al dueño del inmueble o al titular de la concesión sirviente y no podrá ejercitarse mientras no se consigne previamente el valor de la misma."</p> <p>Art. 115: "Caducidad por Declaración de Daño Ambiental.- El Ministerio Sectorial deberá declarar la caducidad de las concesiones mineras cuando se produzcan daños ambientales, sin perjuicio de la obligación del concesionario de reparar los daños ambientales causados.</p> <p>La calificación del daño ambiental, se efectuará de conformidad con las disposiciones del Código Orgánico del Ambiente. Cuando haya afectación de recursos hídricos a causa de las actividades mineras, la calificación de daño ambiental deberá considerar el pronunciamiento de la autoridad única del agua."</p> <p>Art. 117: "Caducidad por Violación de los Derechos Humanos.- El Ministerio Sectorial deberá declarar la caducidad de una concesión minera si se ha producido violación de derechos humanos, ya sea por parte del concesionario o de sus representantes, así como de sus contratistas, especialmente de las compañías de seguridad que actúen en nombre del concesionario o quien haga sus veces, para lo cual deberá contar previamente con sentencia ejecutoriada dictada por Juez competente que determine violación de derechos humanos."</p>
Código del Trabajo	<p>Art. 1: "Ámbito de este Código.- Los preceptos de este Código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo.</p> <p>Las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren."</p>
	<p>Art. 3: " Libertad de trabajo y contratación.- El trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a la labor lícita que a bien tenga.</p> <p>Ninguna persona podrá ser obligada a realizar trabajos gratuitos, ni remunerados que no sean impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de esos casos, nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente.</p> <p>En general, todo trabajo debe ser remunerado."</p>

	<p>Art. 4: "Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario."</p> <p>Art. 7: "Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores."</p> <p>Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador: 1. Pagar las cantidades que correspondan al trabajador, en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones de este Código;</p> <p>2. Instalar las fábricas, talleres, oficinas y demás lugares de trabajo, sujetándose a las medidas de prevención, seguridad e higiene del trabajo y demás disposiciones legales y reglamentarias, tomando en consideración, además, las normas que precautelan el adecuado desplazamiento de las personas con discapacidad;</p> <p>3. Indemnizar a los trabajadores por los accidentes que sufrieren en el trabajo y por las enfermedades profesionales, con la salvedad prevista en el Art. 38 de este Código;</p> <p>4. Establecer comedores para los trabajadores cuando éstos laboren en número de cincuenta o más en la fábrica o empresa, y los locales de trabajo estuvieren situados a más de dos kilómetros de la población más cercana;</p> <p>5. Establecer escuelas elementales en beneficio de los hijos de los trabajadores, cuando se trate de centros permanentes de trabajo ubicados a más de dos kilómetros de distancia de las poblaciones y siempre que la población escolar sea por lo menos de veinte niños, sin perjuicio de las obligaciones empresariales con relación a los trabajadores analfabetos;</p> <p>6. Si se trata de fábricas u otras empresas que tuvieren diez o más trabajadores, establecer almacenes de artículos de primera necesidad para suministrarlos a precios de costo a ellos y a sus familias, en la cantidad necesaria para su subsistencia. Las empresas cumplirán esta obligación directamente mediante el establecimiento de su propio comisariato o mediante la contratación de este servicio conjuntamente con otras empresas o con terceros. El valor de dichos artículos le será descontado al trabajador al tiempo de pagársele su remuneración. Los empresarios que no dieran cumplimiento a esta obligación serán sancionados con multa de 4 a 20 dólares de los Estados Unidos de América diarios, tomando en consideración la capacidad económica de la empresa y el número de trabajadores afectados, sanción que subsistirá hasta que se cumpla la obligación;</p> <p>7.- Llevar un registro de trabajadores en el que conste el nombre, edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, remuneraciones, fecha de ingreso y de salida, dirección domiciliaria, correo electrónico y cualquier otra información adicional que facilite su ubicación. Este registro se lo actualizará con los cambios que se produzcan.</p> <p>8. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado;</p> <p>9. Conceder a los trabajadores el tiempo necesario para el ejercicio del sufragio en las elecciones populares establecidas por la ley, siempre que dicho tiempo no exceda de cuatro horas, así como el necesario para ser atendidos por los facultativos de la Dirección del</p>
--	---

	<p>Seguro General de Salud Individual y Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o para satisfacer requerimientos o notificaciones judiciales. Tales permisos se concederán sin reducción de las remuneraciones;</p> <p>10.- Conceder a las trabajadoras víctimas de violencia de género, el tiempo necesario para tramitar y acceder a las medidas administrativas o judiciales dictadas por autoridad competente, el mismo que no afectará su derecho a recibir su remuneración completa, ni sus vacaciones.</p> <p>10. Respetar las asociaciones de trabajadores;</p> <p>11. Permitir a los trabajadores faltar o ausentarse del trabajo para desempeñar comisiones de la asociación a que pertenezcan, siempre que ésta dé aviso al empleador con la oportunidad debida.</p> <p>Los trabajadores comisionados gozarán de licencia por el tiempo necesario y volverán al puesto que ocupaban conservando todos los derechos derivados de sus respectivos contratos; pero no ganarán la remuneración correspondiente al tiempo perdido;</p> <p>12. Sujetarse al reglamento interno legalmente aprobado;</p> <p>13. Tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra;</p> <p>14. Conferir gratuitamente al trabajador, cuantas veces lo solicite, certificados relativos a su trabajo. Cuando el trabajador se separe definitivamente, el empleador estará obligado a conferirle un certificado que acredite:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) El tiempo de servicio; b) La clase o clases de trabajo; y, c) Los salarios o sueldos percibidos; <p>15. Atender las reclamaciones de los trabajadores;</p> <p>16. Proporcionar lugar seguro para guardar los instrumentos y útiles de trabajo pertenecientes al trabajador, sin que le sea lícito retener esos útiles e instrumentos a título de indemnización, garantía o cualquier otro motivo;</p> <p>17. Facilitar la inspección y vigilancia que las autoridades practiquen en los locales de trabajo, para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones de este Código y darles los informes que para ese efecto sean indispensables.</p> <p>Los empleadores podrán exigir que presenten credenciales;</p> <p>18. Pagar al trabajador la remuneración correspondiente al tiempo perdido cuando se vea imposibilitado de trabajar por culpa del empleador;</p> <p>19. Pagar al trabajador, cuando no tenga derecho a la prestación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cincuenta por ciento de su remuneración en caso de enfermedad no profesional, hasta por dos meses en cada año, previo certificado médico que acredite la imposibilidad para el trabajo o la necesidad de descanso;</p> <p>20. Proporcionar a las asociaciones de trabajadores, si lo solicitaren, un local para que instalen sus oficinas en los centros de trabajo situados fuera de las poblaciones. Si no existiere uno adecuado, la asociación podrá emplear para este fin cualquiera de los locales asignados para alojamiento de los trabajadores;</p> <p>21. Descontar de las remuneraciones las cuotas que, según los estatutos de la asociación, tengan que abonar los trabajadores, siempre que la asociación lo solicite;</p> <p>22. Pagar al trabajador los gastos de ida y vuelta, alojamiento y alimentación cuando, por razones del servicio, tenga que trasladarse</p>
--	--

	<p>a un lugar distinto del de su residencia;</p> <p>23. Entregar a la asociación a la cual pertenezca el trabajador multado, el cincuenta por ciento de las multas, que le imponga por incumplimiento del contrato de trabajo;</p> <p>24. La empresa que cuente con cien o más trabajadores está obligada a contratar los servicios de un trabajador social titulado. Las que tuvieren trescientos o más, contratarán otro trabajador social por cada trescientos de excedente. Las atribuciones y deberes de tales trabajadores sociales serán los inherentes a su función y a los que se determinen en el título pertinente a la "Organización, Competencia y Procedimiento";</p> <p>25. Pagar al trabajador reemplazante una remuneración no inferior a la básica que corresponda al reemplazado;</p> <p>26. Acordar con los trabajadores o con los representantes de la asociación mayoritaria de ellos, el procedimiento de quejas y la constitución del comité obrero patronal;</p> <p>27. Conceder permiso o declarar en comisión de servicio hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que, teniendo más de cinco años de actividad laboral y no menos de dos años de trabajo en la misma empresa, obtuviere beca para estudios en el extranjero, en materia relacionada con la actividad laboral que ejercita, o para especializarse en establecimientos oficiales del país, siempre que la empresa cuente con quince o más trabajadores y el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos.</p> <p>El becario, al regresar al país, deberá prestar sus servicios por lo menos durante dos años en la misma empresa;</p> <p>28. Facilitar, sin menoscabo de las labores de la empresa, la propaganda interna en pro de la asociación en los sitios de trabajo, la misma que será de estricto carácter sindicalista;</p> <p>29. Suministrar cada año, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo a quienes presten sus servicios;</p> <p>30. Conceder tres días de licencia con remuneración completa al trabajador, en caso de fallecimiento de su cónyuge o de su conviviente en unión de hecho o de sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad;</p> <p>31. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social;</p> <p>32. Las empresas empleadoras registradas en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social están obligadas a exhibir, en lugar visible y al alcance de todos sus trabajadores, las planillas mensuales de remisión de aportes individuales y patronales y de descuentos, y las correspondientes al pago de fondo de reserva, debidamente selladas por el respectivo Departamento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.</p> <p>Los inspectores del trabajo y los inspectores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tienen la obligación de controlar el cumplimiento de esta obligación; se concede, además, acción popular para denunciar el incumplimiento.</p> <p>Las empresas empleadoras que no cumplieren con la obligación que</p>
--	--

	<p>establece este numeral serán sancionadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con la multa de un salario mínimo vital, cada vez, concediéndoles el plazo máximo de diez días para este pago, vencido el cual procederá al cobro por la coactiva;</p> <p>33.- El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, en el primer año de vigencia de esta Ley, contado desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. En el segundo año, la contratación será del 1% del total de los trabajadores, en el tercer año el 2%, en el cuarto año el 3% hasta llegar al quinto año en donde la contratación será del 4% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que se aplicará en los sucesivos años.</p> <p>Esta obligación se hace extensiva a las empresas legalmente autorizadas para la tercerización de servicios o intermediación laboral.</p> <p>34. Contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras, porcentaje que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio de Trabajo y Empleo, establecidas en el artículo 122 de este Código; y,</p> <p>35. (Agregado por el Art. 1, num. 3 de la Ley 2006-28, R.O. 198, 30-I-2006) Las empresas e instituciones, públicas o privadas, para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad al empleo, harán las adaptaciones a los puestos de trabajo de conformidad con las disposiciones de la Ley de Discapacidades, normas INEN sobre accesibilidad al medio físico y los convenios, acuerdos, declaraciones internacionales legalmente suscritos por el país.</p> <p>36.- Implementar programas de capacitación y políticas orientadas a identificar las distintas modalidades del acoso laboral, para prevenir el cometimiento de toda forma de discriminación, hostigamiento, intimidación y perturbación que se pudiera generar en la relación laboral con los trabajadores y de éstos con el empleador.</p> <p>Art. 47.- De la jornada máxima.- La jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario.</p> <p>El tiempo máximo de trabajo efectivo en el subsuelo será de seis horas diarias y solamente por concepto de horas suplementarias, extraordinarias o de recuperación, podrá prolongarse por una hora más, con la remuneración y los recargos correspondientes.</p> <p>Art. 55: "Remuneración por horas suplementarias y extraordinarias.- Por convenio escrito entre las partes, la jornada de trabajo podrá exceder del límite fijado en los artículos 47 y 49 de este Código, siempre que se proceda con autorización del inspector de trabajo y se observen las siguientes prescripciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las horas suplementarias no podrán exceder de cuatro en un día, ni de doce en la semana; 2. Si tuvieran lugar durante el día o hasta las 24H00, el empleador pagará la remuneración correspondiente a cada una de las horas suplementarias con más un cincuenta por ciento de recargo. Si dichas horas estuvieren comprendidas entre las 24H00 y las 06H00, el trabajador tendrá derecho a un ciento por ciento de recargo. Para calcularlo se tomará como base la remuneración que corresponda a la
--	--

	<p>hora de trabajo diurno;</p> <p>3. En el trabajo a destajo se tomarán en cuenta para el recargo de la remuneración las unidades de obra ejecutadas durante las horas excedentes de las ocho obligatorias; en tal caso, se aumentará la remuneración correspondiente a cada unidad en un cincuenta por ciento o en un ciento por ciento, respectivamente, de acuerdo con la regla anterior. Para calcular este recargo, se tomará como base el valor de la unidad de la obra realizada durante el trabajo diurno; y,</p> <p>4. El trabajo que se ejecutare el sábado o el domingo deberá ser pagado con el ciento por ciento de recargo."</p> <p>Art. 65: " Días de descanso obligatorio.- Además de los sábados y domingos, son días de descanso obligatorio los siguientes: 1 de enero, viernes santo, 1 y 24 de mayo, 10 de agosto, 9 de octubre, 2 y 3 de noviembre, 25 de diciembre y los días lunes y martes de carnaval.</p> <p>Lo son también para las respectivas circunscripciones territoriales y ramas de trabajo, los señalados en las correspondientes leyes especiales.</p> <p>Cuando los días feriados de descanso obligatorio establecidos en este Código, correspondan al día martes, el descanso se trasladará al día lunes inmediato anterior, y si coinciden con los días miércoles o jueves, el descanso se pasará al día viernes de la misma semana. Igual criterio se aplicará para los días feriados de carácter local. Se exceptúan de esta disposición los días 1 de enero, 25 de diciembre y martes de carnaval.</p> <p>Cuando los días feriados de descanso obligatorio a nivel nacional o local establecidos en este Código, correspondan a los días sábados o domingos, el descanso se trasladará, respectivamente, al anterior día viernes o al posterior día lunes."</p> <p>Art. 69: " Vacaciones anuales.- Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes.</p> <p>El trabajador recibirá por adelantado la remuneración correspondiente al período de vacaciones.</p> <p>Los trabajadores menores de dieciséis años tendrán derecho a veinte días de vacaciones y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, lo tendrán a dieciocho días de vacaciones anuales.</p> <p>Los días de vacaciones adicionales por antigüedad no excederán de quince, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio."</p> <p>Art. 72: "Vacaciones anuales irrenunciables.- Las vacaciones anuales constituyen un derecho irrenunciable que no puede ser compensado con su valor en dinero. Ningún contrato de trabajo podrá terminar sin que el trabajador con derecho a vacaciones las haya gozado, salvo lo dispuesto en el artículo 74 de este Código."</p> <p>Art. 79: "Igualdad de remuneración.- A trabajo igual corresponde igual remuneración, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole; más, la</p>
--	---

	<p>especialización y práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración."</p>
	<p>Art. 91: "Inembargabilidad de la remuneración.- La remuneración del trabajo será inembargable, salvo para el pago de pensiones alimenticias."</p>
	<p>Art. 97: "Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así:</p> <p>El diez por ciento (10%) se dividirá para los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas por cada uno de ellos durante el año correspondiente al reparto y será entregado directamente al trabajador.</p> <p>El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad.</p> <p>El reparto se hará por intermedio de la asociación mayoritaria de trabajadores de la empresa y en proporción al número de estas cargas familiares, debidamente acreditadas por el trabajador ante el empleador. De no existir ninguna asociación, la entrega será directa. Quienes no hubieren trabajado durante el año completo, recibirán por tales participaciones la parte proporcional al tiempo de servicios. En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público."</p>
	<p>Art. 111: "Derecho a la décima tercera remuneración o bono navideño.- (Sustituido por el Art. 21 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen mensualmente, la parte proporcional a la doceava parte de las remuneraciones que perciban durante el año calendario.</p> <p>A pedido escrito de la trabajadora o el trabajador, este valor podrá recibirse de forma acumulada, hasta el veinte y cuatro de diciembre de cada año.</p> <p>La remuneración a que se refiere el inciso anterior se calculará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 95 de este Código."</p>
	<p>Art. 113: "Derecho a la decimacuarta remuneración.- (Reformado por el Art. 1 de la Ley 2007-77, R.O. 75, 2-V-2007; y, sustituido por el Art. 22 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- Los trabajadores percibirán, además, sin perjuicio de todas las remuneraciones a las que actualmente tienen derecho, una bonificación mensual equivalente a la doceava parte de la remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general.</p> <p>A pedido escrito de la trabajadora o el trabajador, este valor podrá recibirse de forma acumulada, hasta el 15 de marzo en las regiones de la Costa e Insular, y hasta el 15 de agosto en las regiones de la Sierra y Amazónica. Para el pago de esta bonificación se observará el régimen escolar adoptado en cada una de las circunscripciones territoriales.</p> <p>La bonificación a la que se refiere el inciso anterior se pagará también a los jubilados por sus empleadores, a los jubilados del</p>

	<p>IESS, pensionistas del Seguro Militar y de la Policía Nacional. Si un trabajador, por cualquier causa, saliere o fuese separado de su trabajo antes de las fechas mencionadas, recibirá la parte proporcional de la décima cuarta remuneración al momento del retiro o separación."</p> <p>Art. 134: "Prohibición del trabajo de niños, niñas y adolescentes.- (Sustituido por el Art. 4 de la Ley 2006-39, R.O. 250, 13-IV-2006).- Prohíbese toda clase de trabajo, por cuenta ajena, a los niños, niñas y adolescentes menores de quince años. El empleador que viole esta prohibición pagará al menor de quince años el doble de la remuneración, no estará exento de cumplir con todas las obligaciones laborales y sociales derivadas de la relación laboral, incluidas todas las prestaciones y beneficios de la seguridad social, y será sancionado con el máximo de la multa prevista en el artículo 95 del Código de la Niñez y Adolescencia, y con la clausura del establecimiento en caso de reincidencia.</p> <p>Las autoridades administrativas, jueces y empleadores observarán las normas contenidas en el TÍTULO V, del LIBRO I del Código de la Niñez y Adolescencia, en especial respecto a la erradicación del trabajo infantil, los trabajos formativos como prácticas culturales, los derechos laborales y sociales, así como las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes contra la explotación laboral."</p> <p>Art. 153: "Protección a la mujer embarazada.- (Reformado por el num. 2 de la Disposición Reformativa Sexta del Código s/n, R.O. 506-S, 22-V-2015).- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior.</p> <p>Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este Código.</p> <p>La o el juzgador dispondrá el reintegro inmediato al trabajo de la mujer despedida en estado de embarazo o en periodo de lactancia."</p> <p>Art. 187: "Garantías para dirigentes sindicales.- (Reformado por el Art. 33 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- El despido intempestivo de la trabajadora o el trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores será considerado ineficaz. En este caso, el despido no impedirá que el trabajador siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período establecido.</p> <p>Esta garantía se extenderá durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones y un año más y protegerá, por igual, a los dirigentes de las organizaciones constituidas por trabajadores de una misma empresa, como a los de las constituidas por trabajadores de diferentes empresas, siempre que en este último caso el empleador sea notificado, por medio del inspector del trabajo, de la elección del dirigente, que trabaje bajo su dependencia.</p> <p>Sin embargo, el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por las causas determinadas en el artículo 172 de este Código."</p>
--	---

	<p>Art. 188: "Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:</p> <p>Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y,</p> <p>De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.</p> <p>La fracción de un año se considerará como año completo.</p> <p>El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código.</p> <p>Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año.</p> <p>En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código.</p> <p>Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.</p> <p>Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones.</p> <p>Si el empleador en la indicada comparecencia no se ratifica en el despido constante en el escrito pertinente, alegando para el efecto que el escrito donde consta el despido no es de su autoría o de representantes de la empresa con capacidad para dar por terminadas las relaciones laborales, se dispondrá el reintegro inmediato del trabajador a sus labores."</p>
	<p>Art. 196: "Derecho al fondo de reserva.- Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado.</p> <p>El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo.</p> <p>La determinación de la cantidad que corresponda por cada año de servicio se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de este Código."</p>
	<p>Art. 216: "Jubilación a cargo de empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:</p> <p>1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.</p>

	<p>Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:</p> <p>a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,</p> <p>b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.</p> <p>2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.</p> <p>Exceptúase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable. Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla.</p> <p>3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio.</p> <p>El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador; y,</p> <p>4. En caso de liquidación o prelación de créditos, quienes estuvieren en goce de jubilación, tendrán derecho preferente sobre los bienes liquidados o concursados y sus créditos figurarán entre los privilegiados de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.</p> <p>Las reglas 1, 2 y 3, se refieren a los trabajadores que no llegaren a ser afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hasta el momento de obtener su jubilación. A los trabajadores que se hallaren afiliados cuando soliciten la jubilación, se aplicarán las mismas reglas, pero el empleador tendrá derecho a que del fondo de jubilación formado de acuerdo con la regla 1, se le rebaje la suma total que hubiere depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en concepto de aporte del empleador o por fondo de reserva del mismo.</p> <p>En todo caso se tomarán en cuenta para la rebaja del haber individual de jubilación, los valores que por fondos de reserva hubiese legalmente depositado el empleador o entregado al trabajador."</p> <p>Art. 220: "Contrato colectivo.- (Reformado por el Art. 36 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- Contrato de pacto colectivo es el</p>
--	---

	<p>convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto.</p> <p>El contrato colectivo ampara a todos los trabajadores de una entidad o empresa sin ningún tipo de discriminación sean o no sindicalizados."</p> <p>Art. ... (1).- "(Agregado por el Art. 2 de la Ley 2006-28, R.O. 198, 30-I-2006).- El Estado garantizará la inclusión al trabajo de las personas con discapacidad, en todas las modalidades como empleo ordinario, empleo protegido o autoempleo tanto en el sector público como privado y dentro de este último en empresas nacionales y extranjeras, como también en otras modalidades de producción a nivel urbano y rural.</p> <p>El Ministro de Trabajo y Empleo dispondrá a la Unidad de Discapacidades realizar inspecciones permanentes a las empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley. Los Directores, Subdirectores e Inspectores del Trabajo, impondrán las sanciones en caso de incumplimiento. De estas acciones se informará anualmente al Congreso Nacional. "</p> <p>Art. 347: "Riesgos del trabajo.- Riesgos del trabajo son las eventualidades dañosas a que está sujeto el trabajador, con ocasión o por consecuencia de su actividad.</p> <p>Para los efectos de la responsabilidad del empleador se consideran riesgos del trabajo las enfermedades profesionales y los accidentes."</p> <p>Art. 467: "Derecho de huelga.- La ley reconoce a los trabajadores el derecho de huelga, con sujeción a las prescripciones de este párrafo. Huelga es la suspensión colectiva del trabajo por los trabajadores coligados."</p>
<p>Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones</p>	<p>Art. 1: "Ámbito.- Se rigen por la presente normativa todas las personas naturales y jurídicas y demás formas asociativas que desarrollen una actividad productiva, en cualquier parte del territorio nacional.</p> <p>El ámbito de esta normativa abarcará en su aplicación el proceso productivo en su conjunto, desde el aprovechamiento de los factores de producción, la transformación productiva, la distribución y el intercambio comercial, el consumo, el aprovechamiento de las externalidades positivas y políticas que desincentiven las externalidades negativas. Así también impulsará toda la actividad productiva a nivel nacional, en todos sus niveles de desarrollo y a los actores de la economía popular y solidaria; así como la producción de bienes y servicios realizada por las diversas formas de organización de la producción en la economía, reconocidas en la Constitución de la República. De igual manera, se regirá por los principios que permitan una articulación internacional estratégica, a través de la política comercial, incluyendo sus instrumentos de aplicación y aquellos que facilitan el comercio exterior, a través de un régimen aduanero moderno transparente y eficiente."</p>

	<p>Art. 3: "Objeto.- El presente Código tiene por objeto regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución, intercambio, comercio, consumo, manejo de externalidades e inversiones productivas orientadas a la realización del Buen Vivir. Esta normativa busca también generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva, facilitando la aplicación de instrumentos de desarrollo productivo, que permitan generar empleo de calidad y un desarrollo equilibrado, equitativo, eco-eficiente y sostenible con el cuidado de la naturaleza"</p>
	<p>Art. 13: "Definiciones.- Para efectos de la presente normativa, se tendrán las siguientes definiciones:</p> <p>a. Inversión productiva.- Entiéndase por inversión productiva, independientemente de los tipos de propiedad, al flujo de recursos destinados a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y a generar fuentes de trabajo en la economía nacional;</p> <p>b. Inversión Nueva.- Para la aplicación de los incentivos previstos para las inversiones nuevas, entiéndase como tal al flujo de recursos destinado a incrementar el acervo de capital de la economía, mediante una inversión efectiva en activos productivos que permita ampliar la capacidad productiva futura, generar un mayor nivel de producción de bienes y servicios, o generar nuevas fuentes de trabajo, en los términos que se prevén en el reglamento. El mero cambio de propiedad de activos productivos que ya se encuentran en funcionamiento así como los créditos para adquirir estos activos, no implica inversión nueva para efectos de este Código.</p> <p>Para los aspectos no tributarios previstos en este Código, se considera también inversión nueva toda aquella que se efectúe para la ejecución de proyectos públicos bajo la modalidad de asociación públicoprivada.</p> <p>c. Inversión extranjera.- La inversión que es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el extranjero, o que implique capital que no se hubiere generado en el Ecuador.</p> <p>d. Inversión nacional.- La inversión que es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas ecuatorianas, o por extranjeros residentes en el Ecuador, salvo que demuestren que se trate de capital no generado en el Ecuador; y,</p> <p>e. Inversionista nacional.- La persona natural o jurídica ecuatoriana, propietaria o que ejerce control de una inversión realizada en territorio ecuatoriano. También se incluyen en este concepto, las personas naturales o jurídicas o entidades de los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios ecuatorianos, propietarios o que ejercen control de una inversión realizada en territorio ecuatoriano. Las personas naturales ecuatorianas que gocen de doble nacionalidad, o los extranjeros residentes en el país para los efectos de este Código se considerarán como inversionistas nacionales.</p> <p>No se considerará como inversión extranjera, aquella realizada por una empresa nacional o extranjera, cuyas acciones, participaciones, propiedad o control, total o mayoritario, le pertenezca a una persona natural o sociedad ecuatoriana."</p>

	<p>Art. (...) Arbitraje.-" (Agregado por el num. 2 del Art. 37 de la Ley s/n, R.O. 309-S, 21-VIII-2018).- Para contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley.</p> <p>En el caso en el que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a elección del reclamante, mediante arbitraje de conformidad con, entre otras, las siguientes reglas en vigor al momento de la promulgación de esta Ley: (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Las reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso."</p>
--	---

Anexo 2

Entrevista a Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo del Comité Empresarial Ecuatoriano

Nombre del entrevistado: Roberto Aspiazu Estrada

Profesión: Ingeniero geólogo/ empresario

Lugar de trabajo/cargo que desempeña: Director Ejecutivo Comité Empresarial Ecuatoriano

Fecha de la entrevista: 2020/02/06

Lugar de la entrevista: Edificio de las Cámaras Quito- Ecuador

Entrevistador: Giancarlo D'Aniello Elizalde

Respaldo: Si, audio

Entrevistador: ¿Qué son los derechos humanos?

Entrevistado: Bueno, realmente eso está consagrado en distintos documentos de nivel internacional, que parten pensaría de la propia acta constitutiva de Naciones Unidas y su posterior desarrollo y verdaderamente es un tema que tiene en la cultura de la humanidad a la presente fecha más de dos siglos, porque viene justamente de la época de la revolución norteamericana y de la revolución francesa, es decir hay una larga data respecto de sus contenidos realmente, yo diría que promediando el último cuarto del siglo pasado, como que comenzó a tener mucho énfasis en la agenda política de los países a partir de la doctrina Carter, que puso mucho énfasis en este tema de los derechos humanos en términos de las relaciones internacionales, y como un estándar importante para medir a países que tienen buen desempeño en lo que eso se refiere y aquellos que no.

Entrevistador: ¿Qué es una violación de derechos humanos?

Entrevistado: Por ejemplo, lo que fue durante la etapa del correísmo en el país, la ley de comunicación que coartó impudicamente la libertad de comunicación, la libertad de expresión, e inclusive afectando estándares reconocidos a nivel internacional sobre estos derechos ciudadanos que están por lo demás prescritos en la Constitución de la República, no solo en esta sino en muchas precedentes.

Entrevistador: ¿Quién o quiénes son los responsables por las violaciones de derechos humanos?

Entrevistado: Siempre hay el factor político, quienes ejercen la autoridad, son los que de una manera u otra tienen la posibilidad por efectos del ejercicio del poder de respetar o irrespetar el ejercicio de los derechos humanos, de manera tal que yo pensaría que esa es una responsabilidad política de alto nivel, dependiendo de quién la ejerza en la distinta institucionalidad del Estado, del sector público.

Entrevistador: **Correcto, ahí está afincado el principio de responsabilidad estatal, en derechos humanos se habla de que el principal responsable de una violación es siempre el Estado, a través de sus agentes.**

Entrevistado: Las violaciones de los derechos humanos corresponden al ejercicio de la autoridad y a su poder coercitivo.

Entrevistador: **Correcto, y ahí podría usted identificar que las empresas también tengan alguna responsabilidad por violación de derechos humanos.**

Entrevistado: Yo diría que menos, porque finalmente en este país se ha venido trabajando mucho por ejemplo en lo que tiene que ver con empleo juvenil, entonces hay acuerdos que se han venido llevando en práctica dependiendo de diferentes sectores que se han empeñado en aplicar estándares muy altos para tratar de impedir el trabajo infantil, de acuerdo a los parámetros de la Organización Internacional del Trabajo, de Naciones Unidas, y creo que en Ecuador ha sido una política pública bastante exitosa, porque eso no está ni siquiera en la agenda nacional, nosotros no nos apercibimos o nos informamos que pueda haber denuncias del particular, más allá que de una manera aislada y sobre todo en los sectores rurales, ciertamente pues hay muchos infantes que por apoyo a sus padres se empeñan en alguna actividad de trabajo.

Entrevistador: **¿Usted podría en su calidad de dirigente de las empresas contarme qué es para usted una empresa y qué es una empresa transnacional?**

Entrevistado: Bueno, el emprendimiento es en definitiva una organización de ámbito privado para ejercer derecho económico a la libre empresa, para efectos de dedicarse a alguna actividad que sea esta el comercio, la industria, la prestación de servicios, y naturalmente hoy por hoy, hay mucha tendencia que los grandes operadores en diferentes ámbitos, tengan un carácter internacional, de forma tal que aquí hay una presencia importante de operadores económicos que están al tiempo en muchos otros países, por ejemplo en el sector de alimentos y bebidas, en telecomunicaciones, en petrolero, en

mineras. Ósea yo diría que hoy por hoy hay muchos sectores productivos, de comercio de servicio, donde hay presencia de transnacionales.

Entrevistador: Bueno, ahí relacionado, claro entendiendo que la empresa es justamente, el ente generador de emprendimiento, que existe el derecho de libertad de empresa, ¿cuál sería la misión o el objeto principal de una empresa?

Entrevistado: Yo lo que le podría decir es que las empresas transnacionales en particular que operan en el país, lo hacen en base a estándares que aplican en otros países, y normalmente esos estándares guardan relación con acuerdos internacionales de los que los países donde ellos tienen matrices son adscritos, de forma tal que por esa vía se permea una conducta empresarial, que tiene mucho que ver en las relaciones que se maneja desde los funcionarios ejecutivos de la empresa, con los funcionarios subalternos, que para efectos de garantizar una serie de beneficios que están consagrados en la ley nacional y también internacional.

Entrevistador: ¿Qué relación tiene la empresa con los derechos humanos? ¿Son incompatibles?

Entrevistado: No, no, desde luego que no, yo creo que hay cada vez una mayor conciencia social alrededor de que las empresas tienen que hacer consideraciones de esta naturaleza, el hecho mismo de que hoy por hoy, se trabaje mucho en la línea de lo que se denomina responsabilidad social corporativa da cuenta de que evidentemente los derechos humanos de una forma u otra están presentes por esa vía, a veces no es necesario que la gente tenga una memorización exacta y en detalle de cada uno de los derechos humanos, pero como abstracción naturalmente se entiende en términos generales como una suma de factores que permiten una convivencia sana y pacífica en los distintos estamentos de la sociedad, los distintos elementos, uno de los cuales en particular es la empresa nacional o extranjera.

Entrevistador: En el caso de que, por ejemplo, se atribuya responsabilidad por una violación de derechos humanos a una empresa, pongamos el ejemplo típico de una empresa minera, de una empresa petrolera, que siempre están en el ojo del huracán por las acusaciones que les hacen los pueblos originarios, la gente que está cerca de la explotación, ¿usted cree que ahí debe haber una responsabilidad de esta empresa?

Entrevistado: Los sectores que más problemas tienen en ese sentido, son los que están vinculados con la explotación de recursos naturales no renovables, dígase petróleo y minería, y evidentemente y recurrentemente, ha habido conflictos puntuales alrededor de eso, muchas veces vinculado al tema de protección del medio ambiente, de las fuentes de agua, entendido esto como un derecho humano, como una garantía fundamental de los ciudadanos, para procurar que por la vía de estas denuncias no exista una afectación a estos derechos. Pienso también que ha habido una aparición de estos temas vinculado al hecho de reformas legales que de una manera u otra afectaron derechos adquiridos de los trabajadores, como el caso de las empresas que explotan petróleo o que prestan servicios de telecomunicaciones, en donde en forma acotada, se pretendió en su momento, y de hecho se dio como algo en firme, limitar sus derechos en acceso a utilidades, cosa que otros sectores no tenían comprometidos.

Entrevistador: **Correcto, y ahí entonces ¿podría haber una atribución de responsabilidad a la empresa? ¿O siempre tiene que ser responsable el Estado?**

Entrevistado: Yo diría que evidentemente si hay leyes que por ejemplo regulen todo lo relacionado al medio ambiente para la explotación de recursos naturales no renovables, uno tiene que asumir que las empresas van a operar de conformidad con las prescripciones legales y que en caso de no hacerlo hay un organismo de regulación y control que va a actuar para efectos de sancionar esta mal conducta, entonces un poco entendería que el esquema tiene que funcionar de esa naturaleza. En el sentido de que hay leyes que tienen que ser respetadas y creo yo que, en el ámbito legal, en muchos ámbitos, el país tiene una legislación comparable con países desarrollados del mundo. Ósea no se puede hablar de que este país no proteja de debida forma garantías fundamentales, derechos humanos, más allá de la fase regresiva que se tuvo durante el gobierno pasado, donde por un proyecto político concentrador de poder estos aspectos de la convivencia social quedaron menoscabados.

Entrevistador: **Y en esa misma línea, y según lo que comentamos al principio de que hay una propuesta del gobierno ecuatoriano de crear un tratado internacional, ¿usted cree que sea necesario la adopción de un tratado internacional que regule las empresas transnacionales o piensa que la legislación local, en este caso del Ecuador es suficiente para controlar las actividades?**

Entrevistado: Yo pienso que la legislación nacional naturalmente hoy por hoy tiene también mucho vínculo con la legislación de ámbito internacional y de acuerdos que en el ámbito de la comunidad internacional se han venido suscribiendo, en donde naturalmente, este tema de la preservación, el respeto de los derechos humanos es algo muy transversal, aparece prácticamente en todo acuerdo de esta naturaleza que se suscriba, o del cual el país sea adherente, entonces yo creo que hay una combinación de lo uno y lo otro, no puede haber una desvinculación entre lo que es la legislación internacional en este ámbito y lo que es la legislación nacional, porque están de una forma u otra entrelazada. Hoy por hoy más que nunca las legislaciones nacionales están fuertemente influenciadas por tendencias modernizantes que en el ámbito legal hay, en el ámbito internacional y no hay ningún ámbito de la vida de la sociedad que pueda sustraerse a esa potente realidad.

Entrevistador: **¿Conoce usted la propuesta de tratado internacional de empresas transnacionales y derechos humanos cuya discusión está a cargo del Grupo de Trabajo de la ONU?**

Entrevistado: No tenía conocimiento, pero yo creo que en líneas generales le he dado un punto de vista sobre como creo que estos temas tienen que ser manejados, y sobre la importancia, de la vinculación de la legislación nacional con su contraparte internacional. Sobre todo, en esta materia, realmente es algo muy transversal.

Entrevistador: **La última pregunta sería, en función de lo conversado, ¿usted cree que las empresas pueden ser un agente de cambio, ósea puede ser la empresa un agente de cumplimiento y garantía de los derechos?**

Entrevistado: Eventualmente sí, todo depende de la prioridad que puedan darle una agenda de esta naturaleza. Creo que esto va a ser más propio de empresas grandes, que de empresas medianas o pequeñas por obvias razones, dentro de este segmento corporativo grande evidentemente, hay muchas que son transnacionales que se ocupan siempre de mejores prácticas, en donde hoy por hoy por ejemplo hay mucha tendencia de procurar equidad de género, en términos de participación laboral, de remuneración, y eso forma parte de avances que se han venido dando en la sociedad global, en donde cada vez menos hay esto de países entendidos como apéndices o islas, sino que todos estos conceptos finalmente están cada vez más integrados y con mayor potencia. Un poco como yo lo veo.

Anexo 3

Entrevista a José Ignacio Morejón, Director Ejecutivo del Sistema B Ecuador

Nombre del entrevistado: José Ignacio Morejón

Profesión: Abogado

Lugar de trabajo/cargo que desempeña: Director Ejecutivo Sistema B Ecuador

Fecha de la entrevista: 2020/02/07

Lugar de la entrevista: Oficinas Sistema B

Entrevistador: Giancarlo D'Aniello Elizalde

Respaldo: Si, audio

Entrevistador: Para conocer un poco tu visión en función de la experiencia que tienes en el sistema B como algo más allá de la responsabilidad social corporativa de la empresa, es decir ya una empresa que está enfocada en la solución de un problema ambiental o social, me podrías decir ¿Qué son los derechos humanos?

Entrevistado: Desde guambra igual con el tema de las Naciones Unidas, de los modelos de las Naciones Unidas, lo primero que estudiábamos era la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, y obviamente en derecho internacional público, vimos una parte de casos vinculados a la declaración y el cumplimiento, y sobre todo exigibilidad de derechos humanos en casos estatales, en casos públicos.

Son conceptos de conquistas si quieres sociales, sobre la dignidad del hombre como especie. Principios rectores de los valores inalienables del ser humano como especie.

Entrevistador: ¿Qué es una violación de derechos humanos?

Entrevistado: Creo que sería una intransigencia precisamente a esos mínimos, a estos valores mínimos de la dignidad del ser humano. Una intromisión, una limitación, un detrimento a estos.

Entrevistador: ¿Quién es responsable por las violaciones de derechos humanos?

Entrevistado: Buena pregunta. Creo que la violación puede venir de distintas fuentes, pero ya en términos técnicos creo que los que realmente pueden, los que están obligados a respetar los derechos, a fin de cuentas, son tal vez son los Estados, pero claro son esos valores, esos principios, estos que les llamamos derechos que rigen un poco las relaciones, entre los mismos individuos, o entre privados.

Entrevistador: Finalmente es la visión clásica de los derechos humanos, que el principal responsable del cumplimiento y por lo tanto de la violación de derechos humanos, es el Estado, de ahí se consagra el principio de responsabilidad estatal. Lo que ahondo en mi tesis sobre todo es si las violaciones pueden venir de otro particular, que serían por ejemplo las empresas y tu dijiste que hay distintas fuentes, entonces hablando de esas distintas fuentes, ¿tú crees que las empresas tienen potencial o efectivamente pueden violar los derechos humanos?

Entrevistado: Es una buena pregunta y no puedo evitar caer en este tecnicismo de que quien firma este tratado de derechos humanos es el Estado, entonces, por ende, es el Estado el que está obligado técnicamente a hacerlo, pero yo creo que hoy vivimos en una época que estos derechos humanos están consagrados ya en la dinámica uno a uno entre privados. Entonces no me parecería del todo descabellado poder pensar que una empresa puede violar los derechos humanos, que un individuo puede violar los derechos humanos, porque se convierten en valores que rigen el día a día en la dinámica más allá de esa obligación de derecho internacional que obviamente obligó al Estado a respetar estos temas. Primera vez que me pongo a pensar en estos temas, que es el Estado el que a fin de cuentas es el responsable por proteger estos derechos. Tal vez ya me voy a pasar a un tema que vas a preguntarme más adelante, yo creo que uno de los retos grandes que tenemos en la organización, es integrar los derechos humanos en el día a día, el cumplimiento de los derechos humanos en día a día de las empresas.

Entrevistador: Esa es una buena propuesta desde el Sistema B, porque finalmente el sistema B mide unos estándares, pero pueden ser acotados, pueden no estar referidos a todo el amplio catálogo de derechos humanos, pueden referirse exclusivamente a los DESC, por ejemplo, puede referirse al trabajo, pero no estás garantizando todos los derechos humanos, entonces podrías tener un indicador más amplio ahí.

Entrevistado: Así es, yo creo que es necesario ampliar el alcance de lo que comprendemos como derechos humanos, porque, esa debería ser tal vez la base de esos valores o esos principios intransigibles que pueden ser parte de esta dinámica sea entre privados, sea privado público, sea persona natural empresa. Yo creo que pueden ser un marco interesante para regir el comportamiento de la empresa, tú sabes que de todas maneras que aquí estamos cayendo en la misma lógica, en el mismo tecnicismo de derecho privado, derecho público, pero creo que de todas maneras los derechos humanos,

independientemente de cuál sea su fuente, su capacidad mandatoria de exigibilidad, tienen hoy una aceptación en la sociedad que va más allá de ser una declaración o un instrumento de derecho público o internacional y se convierten en valores del día a día, en como yo me comporto con mi gente, en como yo me comporto con mi prójimo, incluso, las aspiraciones y el *entitlement* que yo tengo como ser humano. Ósea yo creo que tengo derecho a la salud, tengo derecho a la vida, tengo derecho a un medio ambiente sano, son valores que nacieron de ahí, de esa declaratoria, pero estoy seguro de que, si tú le preguntas al señor que cuida los carros, él también tiene una noción de cuál es el trato que se merece. Ahora, creo también que eso es muy cultural porque son valores que se van creando tal vez a partir de esta declaratoria, de este derecho internacional, pero de nuevo son creaciones y son convenciones sociales.

Entrevistador: ¿Qué es una empresa? ¿Qué es una empresa transnacional?

Entrevistado: Una empresa es un ente ficticio, con personalidad propia, que es susceptible o capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Ahora cuando hablamos del día a día de lo que hacemos nosotros acá, una empresa es un agente que genera impactos y que genera dinámicas que pueden ser comerciales, pero también que pueden tener propósitos más allá de los netamente comerciales.

Una empresa transnacional es este tipo de ente, cuyas operaciones digamos trascienden las fronteras de las naciones, y por ende están sujetos a los regímenes legales y normativos de distintos Estados.

Entrevistador: ¿Cuál es la misión/ objeto principal de una empresa?

Entrevistado: Desde la lógica B, la empresa tiene un propósito, toda empresa tiene un propósito, y ese propósito puede estar al servicio de la generación de impactos positivos. Toda acción independientemente de si viene de una persona natural o jurídica va a tener un impacto, va a tener impactos positivos y va a tener impactos negativos, y a lo que queremos nosotros dirigirnos es a la potenciación de esos impactos positivos, considerando que la empresa tiene un rol dentro de la sociedad, que va más allá de sus obligaciones legales. La empresa tiene que ser rentable, ósea yo creo que esa discusión tiene que superarse sobre: ¿debería generar renta o no?, no, no, eso es parte de la ecuación, si no genera renta no es una empresa, si no hay rentabilidad es una fundación, y creo que más bien esta ficción, esta creación ficticia de generar renta al mismo tiempo que

impactos sociales y ambientales positivos, es precisamente el futuro de lo que va a ser la empresa, de lo que ya es y va a ser una empresa en el futuro.

Entrevistador: ¿Qué relación tiene la empresa con los derechos humanos? ¿Son incompatibles?

Entrevistado: Primero, creo que, si hay una sinergia, creo que es incompatible una operación empresarial, o una actitud empresarial que no esté acorde a los valores sociales, y es super simple, ósea valores sociales te digo, no solamente derechos humanos. Creo que los derechos humanos son un valor social, pero hay más, y hay distintos y hay combinaciones, todo depende del tema cultural creo yo. El tema es que atrás de la empresa hay también seres humanos, entonces si bien, puede crearse este velo societario, si quieres, no es cierto, donde deshumanizas el comportamiento de una empresa, a fin de cuentas y yo creo que es a donde estamos volviendo, es a la humanización de la empresa. Es comprender que atrás de toda esta operación hay gente, que tiene impactos en la gente, y no solamente en la gente, sino también ahora en el medio ambiente, donde de nuevo vive la gente, o si quieres verlo desde otra perspectiva, teoría, de derecho ecologista, es de nuevo esta ficción de sujeto de derechos que puede ser la naturaleza. Pero de nuevo, atrás de todo esto hay gente.

Entrevistador: ¿Y si por ejemplo hay una empresa a la que se le atribuye o se le denuncia violaciones o abusos de los derechos humanos, tú crees que las empresas deben ser responsables por esos? Te doy el contexto, digamos una empresa petrolera afecta los derechos humanos de una población que está asentada en el área de influencia, entonces basándonos en la teoría clásica de los derechos humanos de la responsabilidad estatal, quien va a ser responsable es el Estado, porque no supervisó, no controló, no sancionó, no investigó, etc., pero hay muchos casos en las que las empresas son tan poderosas, más poderosas que los Estados, que no pueden cumplir ese papel eficientemente, por a o b o c razón, entonces ahí ¿habría una responsabilidad directa de la empresa, o siempre tenemos que ir a acusar al Estado?

Entrevistado: Yo creo que hay una responsabilidad moral y no hay una responsabilidad legal todavía, y tal vez ese es uno de los limitantes y debilidades del sistema de exigibilidad de derechos humanos en el mundo moderno, yo creo que hoy los instrumentos tenemos que pensar en instrumentos alternos que nos permitan precisamente operativizar y hacerles más exigibles a los derechos, desde esa lógica de la posible

responsabilidad de una empresa frente a la violación de derechos humanos, y creo que eso se da y se puede llegar a dar cuando la misma empresa puede reconocer, bajo estatutos por ejemplo, no la declaración, no conozco ningún caso de una empresa que diga yo reconozco bajo mis estatutos la Declaración Internacional de Derechos Humanos, pero si conozco empresas que son de hecho parte del modelo que nosotros proponemos, que lo que te dicen es, reconozco ciertos acuerdos mínimos y valores mínimos y compromisos mínimos de tratamiento con nuestros proveedores, con nuestra gente, con nuestra comunidad, al final, todo es de nuevo seres humanos, que recogen principios de derechos humanos, de esa declaratoria, y tal vez van un poquito más allá y que si permiten esa exigibilidad en términos digamos ya de operaciones a nivel de gobernanza societaria de la empresa, pero no creo que se puede llevar a un tribunal, todavía, no sé si de hecho los tribunales estatales son los que deben a fin de cuentas juzgar este tipo de posibles violaciones a derechos humanos, creo que pueden ser incluso las mismas gobernanzas de las empresas, entonces cuando una empresa B se compromete a tener un propósito de procurar el impacto positivo para con sus trabajadores, sus proveedores, etc., recogiendo estos valores de los derechos humanos, ya permite ese marco legal generar exigibilidad y responsabilidad a nivel interno societario y de la empresa.

Entrevistador: Esto me interesó, la gobernanza de la empresa, cómo efectivizas eso, porque digamos en el caso de las empresas transnacionales, la estructura de toma de decisiones es tan compleja, que finalmente, también hay un cerco de impunidad frente a estas cosas, porque nadie se hace responsable, todos saben, pero nadie le va a decir, el CEO le va a decir al otro, oye, tú te equivocaste, no sucede, entonces cómo podría darse en un modelo empresarial como este que se propone en el sistema B una gobernanza en la que tal vez dentro del mismo consejo de gobierno de una empresa haya esto de, esta precaución de cumplir los derechos humanos o por no violarlos o de hacerse responsable en el caso de que suceda.

Entrevistado: Entonces, cómo funciona el modelo de gobernanza de las empresas B que reconocerían a estos posibles valores de derechos humanos y los harían exigibles, la empresa decide incorporar dentro de su objeto social este propósito de procurar generar un impacto positivo en algún área específica, o generar, entonces puede ser en mis trabajadores, o en mi cadena de valor, o en mis proveedores, o el medio ambiente. Eso atado a la ampliación del deber fiduciario de los administradores y gestores, para que, en

la toma de decisiones, tengan que siempre considerar estos intereses de los stakeholders que se convierten en parte de su objeto social.

Entrevistador: En el caso de que digamos se produzca el supuesto de que la empresa viole por orden de...

Entrevistado: Se consideraría un incumplimiento a ese objeto social, que se consideraría una violación al propósito de la empresa o al principio, antes tenías la maximización de beneficio para los accionistas, el momento en el que tu podías demostrar que una acción del órgano de gobierno o de gestión de la empresa violaba ese derecho que tenía el accionista, era exigible igual en el mismo foro.

Entrevistador: Y eso en términos reales, ¿qué generaría?

Entrevistado: Es un derecho accionable del mismo accionista, diciendo oye, yo como accionista tenía derecho a que este tipo de acciones de la empresa se den, y no se han dado, no solamente al derecho de rentabilidad de mi acción. Pero el único que tiene esa legitimación activa, solo tienen los accionistas, ahora, esta es la lógica de la gobernanza. Los stakeholders tienen una tutela que está basada, que tiene una limitación de exigibilidad y es que solamente son exigibles por este tercero interesado, que es el accionista. Ahora, cuál es una de las propuestas que se discuten, y que de hecho son críticas al modelo, críticas un poco más radicales, al modelo ya vanguardista o innovador de las empresas B. Es que dices y si estas rodeado de accionistas que les vale, ¿qué pasa?, ¿cómo haces exigible ese tema? Y es verdad, yo creo que hay que ir transicionando eventualmente, conforme vaya evolucionando la idea, cuando hayamos completamente superado el principio de maximización de beneficio a los accionistas y pasado este tema del *stakeholder approach* e ir un poquito más allá, ¿qué pasa si dentro de tu directorio tienes la obligación de tener un representante de tus clientes, un representante de los trabajadores, un representante de la naturaleza, un representante de los seres humanos, de las futuras generaciones?, que tu puedas hacer exigible ese mandato fiduciario que lo estas poniendo ya en los estatutos de la empresa. De nuevo, como ves en este modelo no entra el Estado para nada, haces exigible un compromiso, más que un compromiso, es una convención de la empresa de reconocer estos principios y estos valores como válidos, como exigibles, como transversales dentro de tu operación y de tu código de conducta, imagínate qué pasaría si mañana la minería en el Ecuador, que el Ecuador le va a apostar a la minería con propósito, las empresas mineras que generan impactos negativos se

comprometen estatualmente a tener ciertos valores más allá del *compliance* legal, más allá del cumplimiento de la normativa, incluso, no sé, si es que puede extenderse el hecho que el Estado sea el garante o el obligado a cumplir los derechos humanos, eso también se le puede traspasar a una obligatoriedad de cumplimiento a las mismas empresas que están operando dentro del territorio. Pero para hacerlo mucho más concreto digamos, si usted quiere operar en el país nosotros como Ecuador somos signatarios de la declaración, en sus estatutos usted va a poner este tema como propósito y ampliar el deber fiduciario para que la toma de decisiones, y no nos vayamos tan allá, para quienes puedan exigir dentro de su empresa, sean solamente sus accionistas, pero dentro de su territorio usted tiene que poner un representante, casi como una defensoría del pueblo, sin ser defensoría del pueblo.

Entrevistador: Ese es un tema normativo, implicaría como el Estado podría exigir a través de otros mecanismos...

Entrevistado: Es una estructura de las inversiones, es un marco de las inversiones, que te condiciona la operación a una serie de conductas esperadas y que de todas maneras pone en tu cancha como empresa esa exigibilidad, porque el Estado tampoco tiene capacidad de exigir tanto. No puedes controlar tantas empresas, tanta gente, tanta violación de derechos humanos, tanta violación de derechos laborales, ósea poder decir, a ver descentalicemos esta cuestión, pero hagamos que tu órgano de gobierno tenga este vigilante, sería una cosa super interesante.

Entrevistador: Ósea, porque finalmente marco normativo parece haber, ósea tienes obligaciones en distintas materias, laborales, ambientales, tributarias, etc., el problema es que el Estado deja de controlar por muchas razones, y en esa propuesta tendrías ahí como un supervisor que te haga cumplir eso, entonces como que descentralizas el control, o desconcentras y te obliga a ser más efectivo en eso.

Entrevistado: Más efectivo, más consciente, porque al final también ha sido parte de tu convicción, de tu acuerdo interno, y creo que hay otro tema, y es que también permite dinamizar estos compromisos, dinamizar la evolución de los compromisos sociales, porque hasta poder enfrentarnos a los procesos burocráticos que bien o mal han funcionado, con pesos y contrapesos, para poder pasar una ley o una reforma o una resolución, toma mucho tiempo, muchísimo tiempo y yo lo que veo, y como movimiento es lo que creemos, es que las empresas tomando esta corresponsabilidad y este rol de

agentes de cambio, pueden autolimitarse, pueden auto comprometerse a estos temas o estas acuerdos que van más allá incluso de las leyes.

Entrevistador: Perfecto, en el marco de esa discusión y entendiendo que la idea es justamente la adopción de un nuevo tratado internacional que regule las empresas y los derechos humanos, crees que hay una necesidad de adoptar un tratado o la legislación nacional es suficiente, pensando en el caso del Ecuador, porque podría ser que, en otros países, la legislación sea suficiente.

Entrevistado: Creo que un tratado internacional más allá de poner un freno eleva el estándar de cumplimiento, eleva el compromiso moral de cumplir con estos estándares, y también te facilita yo creo la exigibilidad, porque le compromete al Estado dentro de la comunidad internacional, bien o mal eso si funciona, es un tema de *accountability*, es un tema de si este tratado internacional. A ver por qué declaras un parque nacional como una reserva de biosfera frente a la UNESCO, el parque nacional ya está protegido, bajo normativa nacional, ahora el rato que tu declaras, tiene otro estatus, porque el mundo está viendo. De nuevo, no creo que es lo perfecto, creo que eso funcionó muy bien en otro momento. Hoy yo creo que los nuevos mecanismos de responsabilidad, corresponsabilidad se basan en plataformas de transparencia que ya son globales. Una empresa B que hace este cambio de estatutos y que se evalúa sobre cómo está gestionando estos impactos positivos, transparenta su evaluación y sus resultados, y esa evaluación es completamente pública y puede ser cuestionada a través de mecanismos privados y descentralizados que permiten con el riesgo de que haya un impacto reputacional, aquí está el tema, la reputación sigue siendo un tema valorado por las empresas, no tanto por los Estados, entonces habría que ver cuál es el valor o el *asset* que pones en riesgo en cualquier mecanismo que sea, que sea vigente, pero a lo que voy es que claro, la transparencia permite que haya este control moral, ahora tampoco creo que sea tan efectivo.

Entrevistador: Si claro, porque ustedes qué hacen cuando ven que una empresa no está cumpliendo, ¿le retiras la certificación?

Entrevistado: Le retiras la certificación y claro la gente dice, se hace público que se le retira la certificación.

Entrevistador: Pero bueno, en ese caso juega un papel preponderante el consumidor, porque digamos que él es el que podría castigar una conducta así,

dejando de comprar. Pero si ves casos por ejemplo como ZARA, grupo INDITEX que tiene unas denuncias bárbaras porque según dicen tiene barcazas en aguas internacionales, donde trabajan en condiciones de esclavitud moderna, pero quién deja de comprar, ¿entonces es un mecanismo efectivo?

Entrevistado: No al 100%, yo creo que en eso tienes toda la razón, yo creo que esto se nutre también de esta posible, porque quien puede controlar a fin de cuentas eso es el Estado, el problema es el vacío en aguas internacionales. Entonces yo creo que tenemos que encontrar un balance, un mecanismo que se nutra de estos dos controles, el escrutinio público a través de la transparencia, y la gobernanza, y por otro lado si creo que tiene que haber instituciones sólidas, solventes, impolutas, si quieres.

Entrevistador: Por ejemplo, el tratado internacional este que esta propuesto, y que lo propuso Ecuador, ósea lo más impresionante es que le propuso Ecuador en 2014 y de ahí el análisis. Ósea en 2014, el Ecuador se acerca al Consejo de Derechos humanos para decir, creemos un Grupo de Trabajo para analizar un tratado internacional vinculante, y ahí hay distintas posiciones, unos dicen que el Ecuador quiere lavarse las manos, que bueno si hay ese tratado yo ya no exijo nada a las empresas transnacionales, allá que se vean con la responsabilidad internacional, y el juzgamiento de una Corte, etc., y claro, puede ser una de las cosas, pero también puede ser un reconocimiento de las que empresas como actores poderosos, sobre todo las transnacionales, ya están por sobre ordenamientos jurídicos nacionales, ósea están sobre cualquiera, un argot popular diría, “sobre dios y sobre la ley”, entonces de ahí la propuesta del tratado, pero los que ya van un poco más allá, sobre la creación de un tribunal de empresas y derechos humanos, de tal forma que no pase esto de que hay un vacío jurídico, o una laguna de quién juzga en el caso de que no sea competente un Estado, y quien lo haga sea este tribunal, que sea quien diga, venga empresa transnacional, yo le voy a juzgar y yo le voy a obligar a reparar, le voy a obligar a indemnizar y le voy a sancionar, ósea esa es la idea del tratado, poner digamos un bloquecito donde falta en el principio de responsabilidad. El problema de eso, y eso quiero que me comenten, es lo que yo te inicié diciendo, los puristas de los derechos humanos van a decir que eso lo que podría causar es que el principio de responsabilidad estatal que ya está afirmado desde hace muchos años, que todos lo conocen, se desmorone, porque estás generando una responsabilidad a un agente privado que podría de alguna manera, disminuir, desaparecer o lo que quieras, esa

responsabilidad estatal, entonces lo que se propone es que haya una figura de corresponsabilidad, cuando hay una violación de derechos humanos, que sea responsable tanto el Estado del sitio donde se originó, porque no supervisó, controló, etc., como la empresa que generó, las violaciones, ¿qué te parece una propuesta de ese estilo?

Entrevistado: Mientras ibas diciendo, iba pensando y creo que estamos super alineados, me parece que hoy las operaciones transnacionales, y de hecho el comercio global y el rol de las multinacionales supera a muchos Estados, supera en términos, de obviamente alcance, pero supera también en términos de poder, creo que hoy así tal y como está el sistema de exigibilidad de los derechos humanos, responsabilizando solo al Estado, es desconocer estos nuevos actores dentro de la geopolítica, la dinámica global, en términos de globalización hay otros actores. Entonces poder pensar en que hoy un tribunal pueda juzgar a las empresas que son responsables directos de una violación de derechos humanos, porque hoy las empresas, estas multinacionales, y no solo multinacionales, incluso a veces locales, son actores que tienen, que pueden tener una afectación positiva o negativa frente a estos valores globales, a estos derechos globales. Yo digo, si es que es una empresa la que directamente afectó o violó un derecho humano a una población a un individuo, el responsable normal debería ser la empresa. Ahora hay que hacer también un análisis de en qué tipo de ecosistema o coyuntura operaba esa empresa, porque hay una cosa también que aquí, el mismo momento de que los Estados se pueden lavar las manos, hoy traigámoslo a la realidad actual de las empresas que operan bajo estándares legales de *compliance* de Estados muchísimo más poderosos y con muchísima más capacidad de controlar, versus Estados donde la institucionalidad estatal es super débil. Entonces, yo creo que aquí debería aplicarse tal vez un principio de el régimen donde una multinacional opera, como estándar de buena práctica, el estándar legal más alto, donde una multinacional opera, es aplicable a la operación global de la empresa.

Entrevistador: Eso se llama extraterritorial de los derechos humanos, ósea por ejemplo si tú eres una compañía estadounidense y tú te vas a Angola, se supone que el Estado de donde tienes tu matriz, tiene que controlar también lo que hace tu empresa en Angola, ósea hay un estándar.

Entrevistado: Y si es que no, si es que hay un desbalance, tiene responsabilidad.

Entrevistador: ¿Pero ¿quién tiene responsabilidad, tu Estado matriz, de supervisar tus actividades en Angola, ¿o la empresa? Ese es el punto

Entrevistado: Yo creo que hay dos tipos de responsabilidad, y no sé si ya existen, de hecho, debe existir, pero debe haber dos tipos de responsabilidad, uno para esta empresa, que no ha cumplido con el estándar máximo de donde está operando, e incluso no los estándares máximos, el mínimo esperado bajo estándares internacionales. Ya no podemos escudarnos en que la legislación me permitía, sobre todo en términos de derechos humanos, hay cosas super básicas, y, por otro lado, el Estado que no eleva y que no evoluciona su normativa, también debe y puede tener una responsabilidad en el momento en que es signatario de estos tratados, porque se ha comprometido a mantener ese estándar lo suficientemente alto para que los derechos no sean violentados.

Entrevistador: Por ejemplo, el proyecto de tratado dice que los Estados deben legislar sobre responsabilidad penal para personas jurídicas, que ya existe en el Ecuador pero que no existe en muchos países, y eso es importante porque así haces a la empresa responsable también penalmente en el caso de que tuvieran implicación en algún ámbito penal.

Entrevistado: Es la eterna discusión, yo creo que en algún momento vamos a tener que zanjarla, por un tema de necesidad global, pero es, homologar los estándares, en ciertos temas vitales como son los derechos humanos, como es la dignidad de la gente, no podemos tener distintos estándares, y más aún si eres una multinacional, porque eso quiere decir que tu no tenías, ósea, no te puedes escudar en el desconocimiento, de hecho nadie se puede escudar en el desconocimiento, pero creo que por ahí va el tema, ósea no sabía de este tratado, me parece super interesante.

Entrevistador: Finalmente, pensando en lo que ustedes hacen en el movimiento B, ¿tú crees que las empresas pueden ser agentes de cambio, ósea que pueden ser agentes de cumplimiento y garantía de los derechos humanos, y qué estrategias te parece que se puede adoptar en ese sentido?

Entrevistado: A ver, totalmente convencido de que las empresas son agentes de cambio, tienen que ser las empresas que quieren sostenerse en el futuro, que quieren sostenerse en el tiempo, tienen que tener esa visión.

Entrevistador: ¿Por qué, porque la gente se lo exige, porque ya hay una conciencia moral más elevada?

Entrevistado: Yo creo que hay una tendencia, no sé si, yo no creo que ni siquiera es un tema moral, ideológico, yo creo que es un tema de supervivencia, es un tema de necesidad. Hoy vivimos y cada vez va a ser más evidente que vivimos en un mundo con recursos limitados, espacio limitado, recursos vitales limitados, con una población que crece y crece y crece, las fronteras son cada vez conceptos del pasado y creo que son las empresas las que pueden, y no los únicos, pero uno de los actores dentro de este ecosistema que hemos creado, de convivencia, donde tienes el Estado, el tercer sector, academia, la sociedad civil, pero creo que la empresa en sí, tiene dos características importantes que le hacen como un actor muy eficiente en términos de los impactos de cambio que puede generar, el primero, es esta necesidad de sobrevivir en términos muy pragmáticos, necesitas tener insumos, garantizar insumos, necesitas garantizar bienestar de la gente para que sean tu mano de obra, para que sean tus proveedores y para que sean tus clientes, si es que la gente está mal, tu negocio está mal. Y por otro lado el dinamismo que tú puedes tener como empresa, creo que, si es que eres una empresa pública, ósea que cotizas en bolsa, tal vez es un poquito más difícil porque ya tienes, te debes a un montón, no de seres humanos, tal vez te debes a fondos, te debes a otros, no es cierto, es cada vez más deshumanizando, pero en lugares, en economías, en ecosistemas empresariales como el ecuatoriano, donde la mayoría de empresas son familiares, y detrás de una empresa hay gente, está el abuelito, el padre, el hijo, y la abuelita, la madre, la hija, creo que responden a una necesidad humana de poder garantizar la supervivencia a largo plazo, no estamos pensando a corto plazo, estamos pensando en cómo esa empresa se sostiene 100 años, y no necesariamente porque la empresa tiene que sostenerse estos 100 años porque hay que darles rendimiento a los accionistas, sino porque de esa empresa depende del hijo, del nieto, del bisnieto y el tataranieto, entonces creo que es volver a lo más simple, a lo más esencial, comprender que hay interdependencia, eso creo que es clave como uno de los valores a reconocer, ósea si yo no estoy bien tu no vas a estar bien, si tú no estás bien, yo puedo estar bien hoy, pero a largo plazo yo no voy a estar bien, entonces creo que eso lo hemos vivido duro en el Ecuador, hay unos que lo ven con más claridad, y hay otros que aún creen que son agendas políticas medias místicas, pero no, además siendo un país pequeño, dentro de todo, se siente, lo ves, lo vives, el hecho de no poder salir a la calle aquí a partir de las 9 de la noche porque te roban, te hace cuestionarte, quién me roba,

bueno ahora dicen... son los venezolanos... no, no son los venezolanos, es un problema de bienestar colectivo, y de nuevo, las empresas pueden tener esa capacidad multiplicadora de generar estos impactos más allá de los Estados y más allá del individuo.

Anexo 4

Entrevista a Luis Espinosa, Director de Derechos Humanos y Paz del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador

Nombre del entrevistado: Luis Espinosa

Profesión: Abogado/ PHD en Derecho Internacional

Lugar de trabajo/cargo que desempeña: Director de Derechos Humanos y Paz-
Ministerio de Relaciones Exteriores

Fecha de la entrevista: 2020/02/10

Lugar de la entrevista: Cancillería/ 10 de agosto y Carrión

Entrevistador: Giancarlo D'Aniello Elizalde

Respaldo: Sí, audio.

Entrevistador: Obviamente usted conoce la propuesta de tratado internacional, la conoce bastante bien.

Entrevistado: Sí, así es

Entrevistador: ¿De dónde surgió la idea de hacer el tratado regulador de empresas transnacionales y derechos humanos? Ósea, mi tesis si explora obviamente donde el debate que ha venido dándose en las Naciones Unidas desde el 70 y pico, pero lo que yo quiero conocer es más por qué el hecho de que el Ecuador abandere la propuesta, ¿por qué se propuso esto en 2014?

Entrevistado: Sí, en realidad no viene de 2014, viene desde 2011. En el 2011 y estoy seguro de que tu tesis así lo menciones, el Consejo de Derechos Humanos adoptó los principios rectores. Y ojo, ahí una simple aclaración porque los académicos a veces también incurren en un error, la adopción no fue por unanimidad, la unanimidad no existe en el Consejo de Derechos Humanos, fue una adopción por consenso, y el consenso en el Consejo de Derechos Humanos significa solamente que no hubo ninguna voz que haya dicho que se opone a esa propuesta de principio rector. ¿Por qué es importante esta aclaración? Porque a veces se quiere hacer pasar como que todos los países del mundo dijeron si a los principios rectores, lo cual no es así, los que dijeron sí, y de hecho simplemente, no dijeron no, son los 47 miembros del Consejo de Derechos Humanos, yo hago esta aclaración porque estoy seguro que en lo que habrás revisado, en muchos momentos se trató de establecer una discrepancia, una especie de choque entre los

principios rectores que son no vinculantes y la iniciativa que Ecuador empezó a promover que es hacía un instrumento jurídicamente vinculante, y es importante porque quienes tienen sus inquietudes sobre la iniciativa que promueve Ecuador quieren justificar que ya tenemos los principios rectores y que ellos son el instrumento, el documento autorizado para hacer válida esta materia, y el enfoque de lo no vinculante en materia de transnacionales y derechos humanos dejando un poco de lado, tratando de minar el interés que hay en el instrumento vinculante. Hago esta aclaración, y ¿qué fue lo que pasó en el 2011?, en la reunión de Consejo de Derechos Humanos de junio del 2011, se presentó justamente una propuesta para que sean endosados los principios rectores, que son obra de una especie de consultor, tiene otro nombre, pero a la final resulta siendo, si queremos usar términos más fáciles y comprensibles, consultor que tenía el Secretario General de las Naciones Unidas para temas de empresas y derechos humanos, el profesor Jhon Ruggie. Entonces lo que sucedió fue que el señor elaboró estos principios en 2008 y fueron debatidos durante 3 años, y en 2011 Noruega abanderó la iniciativa que bien valía que esos principios fueran adoptados por Naciones Unidas, como la herramienta para regular algo que había sido super elusivo hasta el momento que es el debate de empresas y derechos humanos. En ese momento, o antes de que se adopte entiendo que hubo acercamientos de varios actores, especialmente actores no estatales con diferentes países en Ginebra, previniéndoles que los principios rectores no resuelven el problema que se quiere resolver desde los años 70, y es que las empresas, especialmente las empresas transnacionales tengan un grado directo de responsabilidad en la solución de aquellos casos de abusos de violaciones de derechos humanos que hayan cometido en el marco de sus actividades. Entonces una de las misiones, de las representaciones diplomáticas a las que se acercaron fue Ecuador. Ecuador entendió las razones por las cuales estas, especialmente ONGS, habían estado preocupadas en ese momento de que se adopte un instrumento que a su criterio lo que quería era dejar ahí, terminar el debate que había sido impulsado desde los años 70 en cuanto a empresas y derechos humanos, y los razonamientos eran realmente válidos, porque el momento que no tienes un instrumento vinculante, y dejas a las empresas a su libre albedrío, el cumplimiento o no, la adopción o no, el interés o no, de los principios rectores y de su aplicación, entonces pues no hay tal avance que se quería tener para que las empresas que hayan incurrido en abuso, pues solucionen los problemas que habían creado, especialmente aquellos vinculados a violaciones de derechos humanos, primera cosa. Segunda cosa, en esos tiempos estábamos todavía, con el debate del caso Chevron Texaco, había todavía las

repercusiones, y yo creo que eso también influyó, para que ver que el caso Chevron Texaco es uno entre miles que hay en el mundo y hay muchos otros que son de igual gravedad, o peor también, porque ahí ya tienes a casos en los que se involucra muerte de personas directas a causa de la irresponsabilidad de algunas empresas, ojo, no de todas las empresas, pero sí de algunas, y la indefensión total de las personas que fueron víctimas de esos abusos de las empresas, entonces ese debate empezó a tener más relevancia y fue uno de los argumentos básicos por los cuales el entonces embajador de Ecuador en Naciones Unidas en ese tiempo, embajador Mauricio Montalvo, entendió las razones y se hizo una intervención, que es una intervención bastante positiva diría yo, que dice bastante de cómo Ecuador concibe los derechos humanos, y se señaló que nosotros no nos oponemos a los principios rectores, sino que creemos que no son el final del camino en este debate, y que debemos propender hacia un punto en el que tengamos un instrumento jurídicamente vinculante que nos permita abordar este tema desde un punto de vista obligatorio, no solamente *soft law*, sino que sea una relación jurídicamente vinculante, para que las empresas estén obligadas para responder por los daños causados. Ahí se produce este punto de inicio diría yo, luego pasa el tiempo, en el año 2013, hay un caso mundial totalmente conocido, se cayó este edificio de Rana Plaza, este centro comercial de Rana Plaza, y dejó al descubierto que había una serie de abusos laborales, y de abusos serios de derechos humanos cometidos por la gran mayoría de grandes marcas de ropa de textiles, varias marcas famosísimas están involucradas y eso fue un punto bastante fuerte en crear conciencia de que estas grandes empresas, necesitaban, requerían algún tipo de control jurídico para que no dejen en la indefensión, en el caso de Rana Plaza a las víctimas de este desastre. Se creó un comité liderado por la OIT para ver de qué manera se conseguía un fondo para ver cómo se indemnizaba a las familias de muchas de las víctimas y de muchas víctimas que sobrevivieron, y con unos resultados paradójicos de este comité es que varias grandes empresas se rehusaron a dar sus aportes, creo que una de ellas fue Zara, esta gran empresa española, eso se lo puede revisar, está documentado, el Corte Inglés de España, pero tenías otras marcas de todo el mundo, no son solo esas, que estuvieron un poco renuentes a dar un aporte a un fondo que se quería hacer de como 45 millones de dólares, al final me parece que lograron recopilar 30 millones, la OIT ojo, no estoy hablando de una ONG, sino de la OIT, la Organización Internacional de Trabajadores, y algunos de los deudos de los sobrevivientes de los que fallecieron les dieron como indemnización, y eso como gran logro, 600 dólares, y no que las vidas tengan precio, eso ojo, fuera de discusión, pero demuestra hasta qué punto puede

ser injusto, inequitativo, en buscar justicia para personas que han sufrido este tipo de situaciones. Entonces creo, todo esto estuvo siempre flotando en el debate, y Ecuador estuvo tratando de canalizar el debate, con la idea, eso sí de que era necesario un instrumento jurídicamente vinculante, pero tratando de determinar si es que en efecto valía o no la pena emprender en esta empresa tan complicada. En el 2014, ya con nuevo embajador ecuatoriano, el embajador Luis Gallegos, que es actual embajador ante Naciones Unidas pero en Nueva York, se presentó la famosa resolución 26/9, famosa en el ámbito de los derechos humanos, y esta resolución contra viento y marea, contra todas las expectativa fue adoptada, fue adoptada en votación porque los países que son las casas donde están las matrices de las grandes empresas transnacionales, y me refiero a los países desarrollados, estuvieron opuestos a esta posibilidad desde el inicio, ellos siempre se han inclinado por estas opciones no vinculantes, los principios rectores es una, pero no es la única opción no vinculante que hay para regular esta materia. Entonces en ese momento, en el 2014, el Consejo de Derechos Humanos adoptó por votación esa resolución, la resolución 26/9, que primero tiene el mandato de que se elabore un instrumento jurídicamente vinculante, y segundo, crea un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta que se haga cargo de esta tarea. Ese grupo intergubernamental desde 2015 que fue la primera sesión ha estado presidido por Ecuador, como el país que presentó la propuesta junto con Sudáfrica, pero Sudáfrica declinó desde el inicio el ejercer la presidencia del Grupo de Trabajo y prefirió que sea Ecuador el que tome esta tarea bajo su cargo. Yo creo que es para mí, sino la más ambiciosa, una de las más ambiciosas iniciativas que existen actualmente, en cuanto a construcción de derecho internacional, y para mí, en toda la vida que tenemos como estado ecuatoriano es la iniciativa global más grande, más representativa que hemos emprendido, lamentablemente también no muy comprendida, porque al mismo tiempo que estamos hablando de derechos humanos, hay algunas voces que dicen bueno pero con esto se va a acabar la inversión, esto va a afectar, es que los empresarios... y la idea no es irse en contra de las inversiones o los empresarios, más bien la idea es tener inversiones de calidad, que el inversionista alemán, francés, chino, brasileño, estadounidense, cumplan con los parámetros de derechos humanos como lo hace en su país, bueno con algunas excepciones, pero los alemanes, los franceses, los estadounidenses, yo creo que tienen unos parámetros bastante buenos de respeto de derechos humanos en sus países, y lo ideal sería que si salen de sus fronteras hagan lo mismo en los países en los que están y no se aprovechen de condiciones que pueden no ser las más ventajosas con los trabajadores. El otro tema es que las víctimas de este tipo

de abusos industriales, de abusos empresariales, generalmente quedan en indefensión porque están en una situación de desbalance total y absoluto, el momento en que tratan de ejercer justicia, y la idea es que tengan alguna herramienta que les permita de alguna manera equiparar, eso va a ser casi imposible pero que tengan la posibilidad de ponerse a la altura de su contendor jurídico, acá tenemos lo que se llama los anglosajones, la diferencia de armas y eso es lo que se quiere tratar de reducir. Un ejemplo cortito, en el sistema interamericano, hay casos en los que personas que son casi indigentes hay logrado llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y han logrado hacer valer sus derechos frente al Estado, cuando hay una total diferencia de pesos y de fuerzas, entonces algo así sería fantástico, buscando los mecanismos específicos para ello, ojo, no digo que se haga una Corte específica para esto, porque eso en el debate ya ha resultado complicado, debatirlo si quiera, difícilmente aprobar algo así, pero buscando herramientas, y los Estados tienen mucho que decir en el momento en que se les pregunte sobre cuál es el papel que desempeñan sus empresas en el exterior.

Entrevistador: Perfecto, muchas gracias, es un buen resumen. Después del 2014 y 2015 que digamos empieza el trabajo el grupo que se creó con la resolución 26/9, se ha lanzado el borrador cero y el borrador revisado que es del año pasado, ¿hay algunos hitos en ese proceso de negociación desde 2014 que usted podría destacar?

Entrevistado: En cuanto a los hitos, claro, el primero fue lograr empezar la sesión, en ese entonces en 2015 ya era embajadora María Fernanda Espinosa, el arranque mismo del proceso no estuvo libre de complicaciones, la delegación de la Unión Europa intentó que no se instale la sesión usando algunos argumentos, finalmente la sesión logró instalarse, la Unión Europa abandonó la sesión al segundo día, dando un gesto inequívoco de que no estaban favor de la iniciativa. Después de eso, el año siguiente 2016, la Unión Europea estuvo presente, pero con intervenciones que no eran de apoyo al proceso, no eran las más halagüeñas para seguir adelante con el proceso, y otros actores también tuvieron críticas al proceso, Rusia por ejemplo fue bastante crítico, inclusive diría yo, más que la Unión Europea, todo esto se puede revisar en las actas de las sesiones, y todo eso iba creando un ambiente difícil para un debate que históricamente ha sido complicado. Según el mandato de la resolución 26/9, 2015 y 2016 eran dos años en los que se debía celebrar sesiones, en las que se debía establecer básicamente un debate general sobre qué es lo que podía estar incluido en un futuro instrumento vinculante, es decir, eran sesiones de una especie de lluvia de ideas, de debate que pudiera canalizar esta temática, gran participación en las

sesiones hubo de la sociedad civil, la sociedad civil, especialmente la europea fue vital, un agente de apoyo de impulso a esta iniciativa, y no solo eso, sino que también un agente de reflexión para la Unión Europea que se dio cuenta que su sociedad civil representada por varias ONGS de alcance internacional estaba a favor de este proceso. Con los empresarios a través de la organización internacional de empleadores hubo siempre un contacto cortés, amable, de altura diría yo, pero evidentemente ellos también tenían sus reparos a tener regulaciones que pudiesen ser obligatorias para ellos en ejercicio de sus funciones, esa parte creo yo hasta ahora les genera cierta inquietud. En el año 2017, ahí había también por mandato de la resolución 26/9 la obligación de presentar un documento de elementos, este documento de elementos era la recopilación del debate de las dos primeras sesiones y se trató de sistematizar lo que debía incluirse en este documento vinculante futuro. Este documento de elementos lamentablemente, y eso yo diría hasta con un poco de mala fe, fue interpretado por algunos actores como un documento extremo, que lo que quería era irse a tener una corte internacional solo para las empresas transnacionales, y no, ese documento lo único que hacía era incluir una recopilación del debate y de las ideas que se había escuchado, poniendo por donde se había ido la dirección del debate, y eso es lo que se hizo.

Posterior a eso, en el año 2018, ahí se presentó en efecto, el primer borrador de instrumento vinculante, que yo creo que la virtud que tiene, no tanto en el contenido, sino más bien en la simbología que representa, porque implicaba que ya teníamos un texto sobre el que ya podíamos negociar y sobre la base de ese texto, esperábamos dejar de lado aspectos que hasta ese momento habían empañado la negociación, habían empañado las sesiones, como eran el tema del pie de nota de la resolución 26/9, ese es un tema que hasta ahora nos sigue ocasionando una serie de dudas, de discrepancias, porque los europeos, y no solo ellos, sino otros actores se escudaron en ese pie de página, el único que existe en la resolución 26/9 para decir, sino son todas las empresas las que están incluidas en este proyecto, entonces nosotros no podemos intervenir, que también era una salida que no obedecía mucho a la realidad, porque si revisamos la declaración de multinacionales de la OIT del año 77 y las directrices de la OECD del año 76, las directrices sobre multinacionales así mismo, las dos incluyen un párrafo que es casi idéntico, en el que dice: “este documento ha sido elaborado para las empresas multinacionales sin perjuicio de que confiamos que el resto de empresas también lo va a observar”, algo así dice más o menos y salva de un solo tajo el problema de la distinción de las empresas

transnacionales, multinacionales, como quiera llamárselas, y las empresas domésticas, ojo no nacionales, sino domésticas, que es el lenguaje que se utiliza en este debate, entonces, el momento en que se presentó un texto, el primer borrador, ya la atención giró hacia el borrador, y se dijo bueno, aquí está el texto, qué les parece, qué no les parece, una parte que causó desde el inicio dificultad fue la definición de víctima, que era muy general, bastante amplia, no era la más adecuada, y eso yo pienso que fue mejorado en la segunda versión, en la que se presentó el año pasado, de todas maneras sigue siendo un documento de trabajo, va a haber una siguiente revisión este año, de hecho hasta finales de febrero los Estados y otros actores, especialmente ONG'S tienen la posibilidad de presentar sus observaciones y la idea sería que para mediados de este año se cuente ya con una versión revisada, mejorada que sea debatida ojalá pues en octubre, todavía no hay una fecha definida para la sexta sesión del instrumento vinculante, entonces ese es el estado actual de las cosas.

Entrevistador: Perfecto, en esa medida, yo le iba a hacer una pregunta antes, pero voy a pasarme directo al borrador. Respecto del borrador cero del tratado, y de la versión revisada, ¿cuáles cree usted que serían los puntos fuertes importantes y cuáles los débiles? Ahí hay varias definiciones importantes que creo ya se alcanzaron y el en el segundo borrador ya se reafirman y hay cosas que están sueltas todavía como este concepto de las víctimas, ¿qué ha sido fácil y que ha sido difícil negociar en esos dos borradores?

Entrevistado: Yo creo que en todo el debate, una de las cosas que fue relativamente fácil, digo relativa porque estas negociaciones hay que entenderlas bajo el criterio que en inglés se llama *single undertaking*, nada está votado, hasta que todo está votado, parece un juego de palabras, pero no es eso, es una realidad, nada de lo que está discutido, está votado, hasta que todo el texto en su conjunto haya sido pues asentado por las partes que intervienen en el debate, entonces esa parte es super clara y super importante tenerla en consideración, uno de los problemas más grandes que existen, que no tienen que ver con el texto, es con la participación de actores clave como la misma Unión Europea, y a qué me refiero con esto, la Unión Europea hasta este momento no tiene mandato de negociación, al no tener mandato de negociación ellos pueden estar ahí presentes, pueden dar opiniones, pero no pueden sentarse y decir bueno, este texto va, aquí quiero que pongan tal artículo, o quisiera que acá no diga esto sino tal cosa, si es que tuviera mandato de negociación yo creo que las cosas serían mucho más fluidas, no necesariamente a favor

de lo que está en el texto, pero si a favor del proceso de negociación, porque sabríamos que ya contamos con ese actor inclusive para decir cuáles son los puntos de discrepancia que tiene sobre los diferentes aspectos del texto, entonces por qué la Unión Europea es importante, porque uno de los aspectos claves de cualquier negociación internacional, es que después haya una masa crítica de Estados que esté dispuesta a suscribir el tratado, y a ratificar el tratado, hay tratados que no han tenido mucho éxito, un ejemplo clarísimo es el Convenio de Protección de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, es un buen texto, excelente, que defiende los derechos humanos, pero una cincuentena de países somos los que estamos como miembros, como ratificantes de este texto, y el resto pues no está, no son parte de esto, y no tienen obligación de respetar este instrumento internacional, y la idea es que este instrumento de empresas y derechos humanos tenga una masa crítica de Estados, pero dónde están las empresas básicamente, aunque hay una gran emergencia de empresas indias, chinas, brasileñas, todavía la gran masa, el gran capital sigue estando en los países más desarrollados, entonces tener ahí por ejemplo a estados de la Unión Europea como suscriptores, como partes, sería algo realmente muy positivo, pero ahí para mí se ha presentado el primer reto.

Ya en el texto mismo, en los contenidos, yo creo que todavía sigue siendo prematuro decir cuáles son los aspectos que pueden tener éxito o no, a veces, y esa es una práctica estratégica de negociación, se buscan pretextos para dificultar la negociación, un ejemplo son las definiciones, las definiciones por qué no tienen en esta propuesta, en ninguna de las dos propuestas han incluido una definición de lo que debe considerarse una empresa transnacional, justamente para no quedarse eternamente rodando en una definición que puede ser muy compleja, que además puede ser cambiante con el tiempo, ahora mismo grandes empresas transnacionales casi son como fantasmas, como estas aplicaciones, son casi fantasmas, porque además que tienen una sede, no hay nada que se pueda decir, bueno aquí está la instalación, o acá está el pozo petrolero, o aquí está la maquinaria con la que ellos explotan las minas, o el taller textil, que se yo, entonces tener una definición ahora implica muchos riesgos, ese por ejemplo es un tema que se lo ha visto así en cuanto a contenido del texto. Un punto que ha sido relativamente consensuado es que todos los derechos deberían ser protegidos, eso sí, resultó interesante, porque desde la primera ocasión, inclusive la Unión Europea, sin mandato de negociación llegó a decir que para ellos en el caso de que se planteara esta posibilidad de un instrumento vinculante, todos los derechos deben estar protegidos, eso crea otras inquietudes también, los derechos por

más que la Declaración de Viena del 95 se dice que no tienen ningún tipo de jerarquía, pero si hay derechos que de alguna forma tienen más importancia, mayor impacto que otros, el derecho a la vida, empezando por ese, si tiene un peso más fuerte en la mentalidad de las personas que si dijéramos el derecho pues del disfrute al tiempo libre, si hay desde el punto de la percepción humana. Entonces, cuando decimos que tienen que ser todos los derechos, ahí ha habido algo de consenso, no ha habido mucha discusión, ni nadie se ha dedicado a contradecir esa afirmación. El resto del debate gira en torno a cuestiones cómo quienes deben ser considerados víctimas, cómo se debe tratar los casos, hay un tema que todavía suscita debate y es cómo llevarles a las transnacionales ante la justicia, en una condición que permita lo que yo dije al inicio, que permita dar una mayor igualdad con las víctimas de abusos, entonces esas partes nos han generado serias complicaciones, porque tenemos posiciones desde un extremo, que debe haber una Corte internacional de derechos humanos, que es una idea que no es nueva, que surgió hace tiempo, y que no ha tenido el apoyo necesario, de ahí hubo algunas propuestas de que se haga una Corte expresamente para transnacionales, pero también es bien complicado, porque empezando por el tema financiero, uno necesita financiamiento para un organismo así, y con un actor específico, la idea es que después podría tratar de asimilarse lo mismo, y necesitaríamos cortes para cada cosa, y eso tampoco ha fluido muy bien. Otra opción ha sido la de utilizar los mecanismos regionales que ya existen, entonces tener gente especializada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Corte Europa, en la africana, pero ahí ya tenemos un otro problema, que en Asia no hay una corte, entonces no se ha desechado, pero tampoco ha tenido mucho peso esta posibilidad, y la otra que es más bien una solución que es relativamente práctica, que es la que nos ha dado Francia. Francia hizo una reforma a su Código de Comercio en el año 2017, y en esa reforma Francia incluyó una normativa, no para todas las empresas transnacionales, pero si para algunas, que reúnen ciertos requisitos, un cierto capital, un cierto número de trabajadores, y para las cuales determinó que si estas empresas iban al exterior pero estaban asentadas en Francia, en el exterior deberían tener un comportamiento adecuado, y para ello debían tener unos códigos internos, una especie de código de conducta, dejando en libertad de las víctimas, en el exterior, en cualquier otro país del mundo, de hacer una queja en las cortes francesas. Entonces eso para mí es una resolución bastante interesante, pero que por el momento está únicamente apuntando hacia Francia, entiendo que en Alemania hay debates que van en una dirección solución similar, pero todavía no se ha llegado a nada, pero es una solución interesante, el momento en que la víctima tiene la certeza de que su sistema

judicial no es lo suficientemente duro, poderoso, suficientemente transparente, que pasa en muchos países del mundo, tiene la opción de irse al sitio en el que está radicada la empresa a la que está demandando, y que esa empresa tendría la obligación de respetar los derechos humanos, ojo, no solo en su filial, sino a través de toda la cadena de producción, entonces esa es una solución que me parece es bastante interesante, bastante buena, que si es que fuera un compromiso de todos los Estados, especialmente de aquellas que hospedan a las empresas transnacionales, podría darnos una respuesta práctica que nos evite un debate jurídico que por el momento es bastante teórico.

Los otros temas que pueden ser importantes, el tema este de que, si son solo las transnacionales, o todas las empresas, en esto en la última versión hay ya un giro que sin violar lo que dice la nota al pie de página de la resolución 26/9, trata de dar a entender que es para todas las empresas, con algunos matices, porque no todas las empresas se asimilan a las transnacionales. Nosotros y eso sí, desde el documento de elementos nos enfocamos más que en la naturaleza jurídica de la empresa, en el tipo de actividades que hacían, entonces si la actividad era transnacional, entonces ahí cabía la aplicación de un instrumento jurídicamente vinculante, y en un mundo que cada vez más interconectado toda la relación comercial, yo pienso que la aplicación sería más grande que a las empresas transnacionales propiamente dichas. El tema del acceso a la justicia, de la reversión de la carga de la prueba son cuestiones que también han estado flotando en el debate, la responsabilidad de las empresas es algo que si bien la sociedad civil lo había manifestado en forma reiterada, que las empresas sean obligadas directamente, no tuvo el peso suficiente en el Grupo de Trabajo entre los Estados, inclusive algunos que apoyan la iniciativa, tuvieron sus serias dudas de apoyar algo así, que iba muy al extremo en cuanto a darles obligaciones directas a las empresas transnacionales, en el cumplimiento de la observancia de los derechos humanos. Este es un debate inacabado, yo pienso que eso va a estar ahí todavía en la mesa de discusiones, pero es uno de los aspectos en los que se buscaba dar este gran salto, de buscar responsables de acciones directas a quienes así lo hayan hecho. En el Sistema Interamericano hay dos o tres sentencias sino me equivoco, una de ellas en Colombia, en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que hay una corresponsabilidad del Estado y de la empresa, pero eso ha generado otras dudas, porque para algunos dicen bueno, aquí lo que pasa es que el Estado está dejando de lado su obligación primordial de ser quienes tengan que velar por los derechos humanos, y me temo que puede darse esa interpretación para Estados que no

quieran cumplir con los derechos humanos, puede darse esa interpretación, es un tema que está flotando como digo yo en la discusión, y me imagino que en las siguientes reuniones se seguirá debatiéndose hasta que bueno ojalá se llegue a un texto que sea de interés de todos.

Entrevistador: En función de lo último que acaba de decir, en mi tesis exploro justamente el tema de la responsabilidad estatal, porque justamente en materia de derechos humanos está plenamente fundado el principio de responsabilidad estatal, y hubo serias críticas respecto de que el tratado podría causar problemas en ese principio, ósea podría desmoronar el principio en el rato que nosotros asignamos responsabilidades a un agente privado, entonces frente a eso y conforme lo que dijo al final, ¿usted cree que el tratado debería fijar este principio de corresponsabilidad?, ósea, en el supuesto que se presenten violaciones de derechos humanos de empresas, también el Estado debe tener un grado de responsabilidad, porque no supervisó, no controló, etc., todo lo que implican las obligaciones en materia de derechos humanos, ¿puede haber una posibilidad de que ese principio de corresponsabilidad entre en discusión en el tratado?

Entrevistado: Sí, desde el inicio se dejó en claro, y digo desde el inicio, desde la resolución 26/9 mismo, que la responsabilidad primordial del Estado sobre la observancia, el respeto de los derechos humanos es indiscutible, ósea que eso no entra como parte del debate si quiera, porque no es algo que esté en revisión, o que va a estar alterado por este proceso, más bien la idea era que si habían causantes directos de afectaciones a los derechos humanos, esos causantes deberían ser sometidos a la justicia, buscando el mecanismo para ello. Pongo un ejemplo, la Corte Europea de Derecho Humanos, un juez español con el que nos reunimos en el año 2015- 2016, él nos decía para el caso de ustedes la Corte Europea no puede hacer nada, porque solamente tenemos jurisdicción sobre los Estados, entonces qué es lo que pasaba, nos contaba un caso práctico de una persona que quiso abordar un avión de *British Airways*, esta persona tenía una discapacidad, *British Airways* dijo que no podía llevarle en esas condiciones y le dejó, finalmente *British Airways* fue la que hizo esto en algún aeropuerto, de algún Estado, y claro la persona le demandó al Reino Unido, y finalmente le tocó pagar al Reino Unido por esta falla, este abuso de *British Airways*, entonces ahí se ejerce también una injusticia en el fondo, porque el Estado en efecto tiene que velar por los derechos humanos, pero quien cometió el abuso, fue la empresa, entonces de alguna forma, por más que el Estado

debe ser obligado, yo creo que sí debería haber algún tipo de repercusión para el que cometió directamente el daño, para el que causo el daño, porque si no vamos al otro lado, el Estado termina siendo el culpable de todo, y el que termina resarcido los daños por todo, y aquellos verdaderos responsables pueden salir con total impunidad de esto sin ningún problema de este tipo de circunstancias, entonces no ven ellos ningún tipo de daño u obligación, bajo el pretexto que no están obligados a velar por los derechos humanos, y yo creo que velar por los derechos humanos es una obligación de todos, exagerando las cosas, el mismo señor Ruggie, este de los principios rectores, él decía que los principios debían aplicarse a todos, hasta a la persona que vendía caramelos en las calles, poco menos, pero ese mensaje tomándolo con un poco más de discernimiento implica que en efecto el Estado es el principal y primordial obligado a respetar los derechos humanos, pero eso no exime a los demás actores de la sociedad a también respetar los derechos humanos, sí. Acá nos acaba de pasar en octubre, una serie de desmanes, de daños, de afectaciones a la propiedad pública, privada, a la seguridad de toda la población aquí en Quito y en otras ciudades del país, y finalmente el Estado terminó siendo el responsable de todo, cuando las acciones vandálicas fueron cometidas por actores plenamente identificados, entonces yo creo que hay también una especie de interpretación extensiva de lo que son los derechos humanos, y me da la impresión que en algunos momentos se utiliza los derechos humanos como una especie de patente de corso para hacer actos vandálicos, bajo el justificativo de que estamos en una protesta pacífica, que termina no siendo pacífica, o que algunos de estos actores terminan no haciéndola pacífica, igual pasa en el caso de las empresas, hay empresas muy serias, muy responsables, cumplen con la norma, inclusive van más allá de las normas, y dan incentivos y buscan la forma de tener inclusión, hay casos, no es que eso no sea, pero hay otras que no, que aprovechan justamente estas ventajas comerciales y si es que ven que pueden producir una camiseta contratando a niños en 10 centavos, versus contratarle a un adulto que les costaría 10 dólares, van a preferir tal vez contratar a los niños, porque en ese lugar no hay regulaciones, lo que se busca es eso, básicamente que las empresas se incluyan, pero ya de manera general, masiva, obligatoria, en un ámbito donde respeten las normas.

Entrevistador: Yo le iba a preguntar en el marco de la segunda o tercera pregunta, si usted cree que ya está dejado de lado absolutamente el debate de la creación de la Corte de Empresas y Derechos Humanos, porque por ejemplo, organismos como la Alianza por el Tratado, la Campaña para poner fin a la impunidad corporativa, hay

varias que proponen justamente este mecanismo, y el borrador original y el revisado, deja a la jurisdicción nacional el juzgamiento de las empresas, entonces ¿usted cree que ya está superado este tema y no haya posibilidad de la creación de esta Corte de empresas y derechos humanos?

Entrevistado: Yo me temo que, por el flujo del debate, por el giro que ha tomado la discusión, me temo que sería bastante complicado reintroducir en el debate, pero aun en el texto, porque ya está comprobado que mientras más ambiciosa sea la postura, menos arrastre tiene entre aquellos que son los que finalmente deben evaluar si firman o no. Yo entiendo la posición de la sociedad civil yo trabajé bastante con la sociedad civil, y con los entes privados, académicos y expertos, y la sociedad civil en efecto tenía esa visión, que a mí me parecía totalmente válida, totalmente justa, pero llegar al debate con los Estados que son los que finalmente van a suscribir este instrumento, nos dimos cuenta que no íbamos a tener éxito con esa propuesta, es una cuestión que ha sido un choque con la realidad para quienes estaban detrás de algo tan ambicioso, altruista pienso yo, pero por el momento difícilmente realizable, yo no creo que haya el ambiente para eso.

Entrevistador: Ahí hay dos cosas que discuto también en mi tesis, una posible ampliación de la jurisdicción o la competencia de la Corte Internacional y Ferrajoli hace una propuesta sobre la Corte Penal también, ¿puede haber una posibilidad que haya eso?, de que exista una ampliación para que las empresas sean juzgadas en el marco de violaciones de los derechos humanos en cualquiera de las dos cortes, revisando el ámbito claro, porque por ejemplo la penal, hay también en el tratado una suerte de justamente de incluir la posibilidad de que se pueda juzgar estos delitos de lesa humanidad o genocidio que serían competencia de la Corte, pero en el caso de la Corte Internacional de Justicia que pueda juzgar todos los derechos humanos.

Entrevistado: Ahí en el documento de elementos, que fue este que se presentó en el año 2017, justamente se deja abierta esa posibilidad, o se pone como una de las posibilidades de debate, esto no se ha debatido tanto, sinceramente no se ha debatido tanto, y no se ha debatido tanto, más bien pienso yo por un tema diplomático, porque el poder o la potestad del mandato del Consejo de Derechos Humanos, se entiende que va para aquellos temas que están en el ámbito de acción de los derechos humanos, y el manejo de la Corte que tiene su propio estatuto, de cualquiera de las cortes que tienen sus propios estatutos, va más allá del manejo del Consejo de Derechos Humanos, en ese caso se debería tener un

debate propio y específico en el marco del estatuto de la Corte internacional, de la Corte Penal para ver si ahí hay la posibilidad, en el caso de la Corte Penal, ahí no hay que olvidarse que ya hubo la posibilidad de dar ese salto y de hacer que los actores privados, que las empresas sean parte de este tipo de juzgamientos penales, esa propuesta fue presentada por Francia cuando se discutía el estatuto de la Corte, pero tampoco despegó, finalmente el artículo 25 justamente limita quienes pueden ser sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, y en las actas del debate del estatuto, ahí es interesante el razonamiento que hace Francia, de varios temas, entre ellos que no hay ningún impedimento para que actores corporativos puedan ser sometidos a la Corte Penal internacional, a través de las personas naturales, pero lamentablemente no despegó. Uno de los argumentos que yo personalmente use, fue el de la Convención de las Naciones Unidas para la corrupción, ahí hay una sección clarísima sobre el juzgamiento penal a las personas jurídicas, porque era uno de los temas que algunos pienso yo por desconocimiento, pensaban que no era posible, decían ¿cómo le vamos a someter penalmente? Y de hecho hay muchas legislaciones penales, incluida la nuestra, que aceptan esa figura, que aceptan el enjuiciamiento penal, en una persona jurídica, entonces todo esto se debatió, pero pienso yo que en la parte está de ampliar las potestades de las cortes va más allá de lo que se puede hacer en este grupo de trabajo, porque ya implica una negociación específica en estas dos sedes. Y eso ya sería parte de un proceso diferente.

Entrevistador: Casi para finalizar yo le iba a preguntar sobre la participación de la ciudadanía mundial en la discusión, pero ya en varias de las preguntas usted me ha respondido en el sentido de que, si ha habido mucha apertura de recibir justamente las opiniones de las ONGs, incluso de personas naturales que están involucradas en la discusión, entonces parece que si hay. ¿Todavía hay esta participación, va a haber foros en los que se permita la participación? Usted mencionó que justamente hay un espacio en el que las ONGs van a comentar el borrador revisado.

Entrevistado: El espacio está para todos, es decir si uno ingresa a la página electrónica que maneja la oficina la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, hay una parte donde está la compilación de las sesiones que ha habido del instrumento vinculante, y están las actas, los debates, los participante, es decir está toda la reunión, y en el último informe que fue adoptado en octubre del año pasado, justamente se determinan los plazos para presentar estas observaciones, y estas observaciones no son solo para los Estados,

son para todos los actores que quieran intervenir, de hecho en más de una ocasión recibimos justamente comentarios de estudiantes de diferentes universidades que están desarrollando sus tesis, o sus trabajos, o tenían ideas, de expertos independientes que también han estado trabajando en el tema, de académicos, de las mismas entidades de empresarios. En eso ha habido más bien una apertura, una inclusión total, independientemente de que a la final el proceso ya en la negociación absoluta, y en negociación absoluta me refiero a aquella que lleve a un texto final, va a depender mucho de lo que digan los Estados. La sensibilidad adicional que hay que tener con los Estados, es que, si ellos creen que el documento, el instrumento tiene méritos, lo firmarán y ratificarán, sino lo creen así entonces simplemente no lo firmarán y lo ratificarán. Ese es el peso que tienen los Estados, y que no depende de la presidencia de Ecuador, son las reglas de este tipo de ejercicios, pero la sociedad civil tiene toda la libertad, toda la apertura, lo han hecho hasta ahora, han organizado, tienen sus foros, tienen sus eventos, y en las mismas sesiones ellos han participado, en todas las sesiones la presencia de la sociedad civil ha sido, y esto pienso yo, altamente valorada, porque ha aportado con ideas, con nociones, en ocasiones también con críticas, y en todas las sesiones, las sesiones duran una semana nada más, y el día viernes se ha preservado casi que exclusivamente para escuchar a las víctimas, entonces es un día donde se escucha las voces de las víctimas, y ahí participan organizaciones de la sociedad civil, de organizaciones de derechos humanos, que dan a conocer ahí, en ese marco, cuáles han sido sus experiencias y porque ellos creen o no válido que se acepten ciertas posturas.

Entrevistador: La penúltima pregunta es, hay una crítica respecto de que el tratado o la discusión puede terminar en que finalmente sean una versión remozada de los principios de Ruggie, esto, por ejemplo, lo dice Juan Hernández, que es uno de los que escribe bastante sobre el tema, ¿usted cree que hay esa posibilidad, ósea puede ser que la negociación termine por generar otro estándar pero que no sea de obligatorio cumplimiento?, porque finalmente la discusión es esa, porque puede generarse otro instrumento, pero si no es vinculante, sino es obligatorio, no hemos avanzado mucho de los principios rectores, entonces hay esa crítica en muchos de los expertos, tratadistas en este asunto, ¿usted cree que haya esa posibilidad?

Entrevistado: Bueno, Juan tiene unas posturas que son bastante críticas en general, algunas son radicales en efecto, pero yo creo que hay que analizarlas a todas, porque a veces son puntos de vista que nos permiten también valorar unas dimensiones que de

pronto al inicio no teníamos concebidas en nuestra mente, pero, yo creo que la visión de él debe obedecer a que en efecto, el nivel de ambición que había desde el inicio de este proceso si ha tenido que ir dando marcha atrás, por, voy a llamarlo el choque con la realidad, la disyuntiva que yo creo que las presidencias del Ecuador han enfrentado, y digo las presidencias porque hemos tenido a varias personas que han ejercido la presidencia, ya que han ocupado el cargo de embajador en Naciones Unidas en Ginebra, la disyuntiva ha sido entre ir por lo más ambicioso, con el riesgo de que finalmente ningún Estado, incluso aquellos que nos apoyan, o que apoyan en un inicio la iniciativa, puedan plegar o quieran plegar a un texto que puedan considerar muy extremo, muy radical, o bajar un poco ese nivel de ambición, pero dar un paso, ese siguiente paso, que es tener en efecto un instrumento jurídicamente vinculante, y yo creo que en eso, ha debido ganar el pragmatismo, y ha sido necesario dejar algunas iniciativas, algunas propuestas que pienso yo que serían muy importantes, pero que en la práctica no hubiesen conseguido el apoyo de los Estados que son los que tienen que firmar el texto. Desde ese punto de vista, creo que Juan tal vez está viendo y diciendo lo que pasa es que aquí estamos viendo unos principios versión plus, y puede ser que se haya dado ese desencanto, más bien quiero ser sincero, aprovechando que estamos en un plano académico, y puede haber que se haya dado ese desencanto. Ahora, si es que ese instrumento no es vinculante, entonces no hay instrumento simplemente, no hay una versión intermedia, si es que llega el caso, y no se cuenta con el apoyo, con esta masa crítica que yo hablaba, necesaria, suficiente, para que se suscriba un texto, pues me temo, sinceramente que ahí la iniciativa habrá fracasado. Para mí no hay opción, o es un instrumento jurídicamente vinculante, o no nada, porque finalmente el mandato dice eso. Espero que no sea el caso, ya tuvimos una experiencia en ese sentido, con el famoso Código de Conducta que fue la primera iniciativa en los años 70, que luego de 20 años de debate realmente no prosperó, y el que cerró la negociación, y dijo, bueno señores no hay nada más que hacer, fue un embajador mexicano que estaba de presidente del grupo de trabajo en ese momento, estoy hablando de inicios de los años 90, entonces ahí se acabó el grupo de trabajo, porque reconoció que el objetivo para el que fue creado, no fue conseguido. Yo aspiro que este no sea el caso, realmente Ecuador está haciendo un esfuerzo muy grande, pero si no hay un instrumento vinculante, no hay mandato cumplido, y con toda la pena, habría que reconocer que el proceso se termina ahí, espero que no sea como digo, pero hay que ver cómo se desarrollan las siguientes reuniones.

Entrevistador: En función de eso, ¿ustedes tienen alguna agenda, hay una visión, una expectativa de en cuánto tiempo? Después de esta sexta sesión que sería en octubre, ¿cuánto tiempo más demoraría, o esperarían ustedes algo como para proponer?

Entrevistado: Ahí hay una cosa, y creo que nos diferenciamos bastante de otros actores que son no estatales, los ritmos, los tiempos para los Estados son diferentes para los ritmos que llevan otros actores no estatales. Yo creo que esto es de difícil pronóstico, por ejemplo, la Declaración de Pueblos Indígenas, que ojo, es una declaración, ni siquiera es un instrumento jurídicamente vinculante, tomó 20 años, en conjunto tomó 20 años de debate, para llegar a un texto que como digo ni siquiera es vinculante. La Convención de los derechos de personas con discapacidad, una convención que a primera vista debería causar empatía, debería causar apoyo inmediato, tratar de que un grupo de personas que por x razón están en posición de desventaja, tengan derechos, o ciertos reconocimientos adicionales, tomó 10 años, en un tema que venía a ser un tema de fácil manejo, y lo interesante es que en los antecedentes de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad hay los mismos argumentos de oposición en un inicio, de los mismos actores, que ahora dicen lo mismo del instrumento vinculante, no es el momento para actuar, para negociar, ya está cubierto por otros instrumentos internacionales, no hace falta, no tenemos claridad de qué va a pasar, realmente es un *copy paste* de lo que ahora están diciendo con el instrumento vinculante. Por qué digo esto, porque tenemos que ser un poco cautos y pacientes, creo yo, es lo mejor, si esto toma 5, 6, 7 u 8 años, pues hay que ir con el paso necesario, yo pienso que actores como la Unión Europea, que ni siquiera tiene mandato de negociación, tal vez con el paso del tiempo empiezan a verle las virtudes al proceso, y de hecho creo que lo están haciendo, y se dan cuenta que ellos deberían ser de los más interesados en el tema, entonces tal vez se da en algún punto este click, este cambio y ellos dicen bueno, si es verdad, ellos tienen realmente la normativa más avanzada en el mundo, tienen una normativa que sería ideal que sea compartida por todos los países del mundo, entonces el rato que ellos den ese paso, estaríamos hablando de unas condiciones diferentes, pero para eso se necesita tiempo, es toda una maquinaria que inclusive tiene que moverse para encontrar consensos alrededor de esta idea. Por eso nosotros como Ecuador no es que nos estamos apresurando, o queremos que esto se termine ya este año o mañana, bajo ninguna circunstancia, creemos que hasta el momento hemos logrado sentar unas bases que están ahí, apuntamos también que esto sea una

política del Estado ecuatoriano y que sea observada desde un punto de vista netamente del ejercicio de negociación diplomática, Ecuador este rato más que abanderar una posición, que lo hace obviamente, es el canalizador de un proceso de negociación internacional sin antecedentes, sin precedentes, entonces yo creo que ese papel ese rol, más allá de las posiciones ideológicas que existan, es un papel que debe seguir siendo manejado por el Estado ecuatoriano como Estado, más allá que venga un gobierno x, y o z, o que haya pasado uno o venga otro, esto debería ser un proceso que debe seguir siendo mantenido por el Estado ecuatoriano. Es al menos lo que se espera desde un punto de vista netamente profesional, netamente diplomático, y aquellos que tienen sus inquietudes, especialmente los empresarios, no le tengan miedo, más bien que esto igualará el campo de juego para todos, porque este rato qué es lo que pasa, yo que soy empresario justo, honesto, pago lo debido, cumplo las reglas, estoy en desventaja con aquel que se aprovecha justamente de esa laxitud legal y que contrata niños, que contrata personas que están en situación de irregularidad y no les paga lo adecuado, entonces a la final yo soy el perjudicado por no tener estas reglas del juego. A veces dicen: no es que acá, por eso es que no quieren venir a invertir en Ecuador, esta es la última preocupación de los empresarios, lo que les preocupa es la inestabilidad legal, la inestabilidad en el régimen tributario, el hecho de que les cambien las reglas de juego de un día a otro. Si tuviéramos esto, solamente hago una hipótesis, si tuviéramos un instrumento que tengan reglas universales, para todos los que quieran someterse a esas reglas universales, yo estoy seguro de que todos querrán tener esa claridad, antes que esa oscuridad que vivimos ahora, especialmente aquellos que juegan con las reglas, que, si hay, y hay muchos, la mayoría, más bien, aquí estamos regulando la excepción. A mí en varios debates, en entrevistas me decían, bueno, es que los empresarios están preocupados porque esto va a desincentivar la inversión, yo decía vea, es como que en este rato en este país diga aquel que mate una persona va a tener 50 años de cárcel, yo duermo tranquilo, a mí no me preocupa, porque yo no salgo a la calle pensando que voy a matar una persona, no es mi intención, yo quiero hacerlo que dice la ley, si es que acá dicen esto, en el peor de los casos si es que usted está haciendo las cosas según las reglas del juego, no debo tener ningún problema, ninguna preocupación. Entonces no llego a comprender por qué esa preocupación, aquí lo que se busca es poner reglas para los que incumplen las reglas, no para los que cumplen, los que cumplen estoy seguro que esto será una base mínima, incluso inferior a la que ya están poniendo en práctica, tengo la certeza, porque si hay empresarios que están siguiendo los principios rectores, me temo que esto va a ser un

escalón obligatorio, pero que inclusive pueden ser un poco más bajo que lo que dicen los principios rectores.

Otro ejemplo que ponía que es super sencillo, acá estamos hablando de una normativa lo que queremos es que simplemente regule cosas que por el momento no están reguladas, es como que ahora acá en Ecuador no es necesario encender las luces en el día, pero muchos de los carros, de los nuevos modelos ya vienen con las luces encendidas, uno prende el carro y está con las luces encendidas, en otros países es obligatorio encender las luces, acá no, entonces los empresarios están yendo más allá de la ley, positivamente, acá haríamos algo similar, pondríamos una base, estoy seguro que muchos empresarios ya estarían por encima de esta base obligatoria en su accionar, pero para los que están debajo de esa base, para ellos si se puede complicar la cosa, porque ellos tendrían una regulación que les obligará en sendero recto. Eso es un poco en términos muy simples el esquema que más o menos se concibe, ya los pormenores la sustancia siguen en debate, y como digo hay temas que están todavía inacabados, habría que ver cómo se desarrollan. Difícil tener perspectiva de tiempo en este caso, como digo, las cuestiones internacionales, llevan sus años, muchos años, hay que tener un poco de paciencia, a ver cómo van girando las cosas y cómo se van presentando las circunstancias.

Entrevistador: De acuerdo, la última pregunta es solamente formal, ¿Ecuador sigue conservando la presidencia del grupo, no es cierto? ¿Quién está haciendo cabeza actualmente?

Entrevistado: La regla no escrita, pero que es la práctica en Ginebra, el país que propone una resolución y eventualmente la creación de un Grupo de Trabajo, es el que tiene la potestad de decidir quién ejerce la presidencia de ese Grupo de Trabajo. En este caso, los dos países que propusimos esa resolución fuimos Ecuador y Sudáfrica, a Sudáfrica se le consultó en su momento si es que deseaba ocupar la presidencia, dijeron que no, que veían con buenos ojos que sea Ecuador, y el país asumió la presidencia. Y lo que se ha hecho es que la presidencia la asuma el embajador que está en funciones como representante permanente ante las Naciones Unidas en Ginebra. Por eso es que digo ha habido varias presidencias ya, empezamos con la presidencia de María Fernanda Espinosa, estuvo Guillaume Long como embajador, después el embajador Luis Gallegos, y actualmente el embajador Emilio Izquierdo, los 4 han sido presidentes, María Fernanda los dos primeros años, y el resto de los embajadores una vez por año, este año el embajador Izquierdo cumpliría haciendo su segunda reunión como presidente del grupo de trabajo.