



**LA IMPUNIDAD DE LAS
EMPRESAS TRANSNACIONALES
POR VIOLACIONES DE
DERECHOS HUMANOS
Y AMBIENTALES**



EL CASO CHEVRON:
PARADIGMA DE LA NECESIDAD DE
NORMAS VINCULANTES PARA
GARANTIZAR EL DERECHO AL ACCESO
A LA REPARACIÓN DE VÍCTIMAS
DE CRÍMENES CORPORATIVOS

Informe elaborado para la oficina de la eurodiputada Lola Sánchez Caldentey.

Informe dirigido por Adoración Guamán Hernández (PhD). Profesora titular de derecho de la Universitat de València.

Informe redactado por Adoración Guamán Hernández (PhD). Profesora titular de derecho de la Universitat de València; y Julio Prieto, abogado.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	5
RESUMEN EJECUTIVO	8
INTRODUCCIÓN	13
PARTE I: DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES: EL ACCESO A LOS REMEDIOS COMO PUNTO DÉBIL DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS (EL TERCER PILAR)	17
1. <i>El Tercer Pilar: el derecho a la reparación efectiva de las víctimas de las violaciones de derechos humanos cometidas por actores empresariales.....</i>	21
2. <i>Obstáculos para el acceso a los mecanismos de reparación en situaciones de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales.....</i>	30
3. <i>El uso de las normas de atracción y protección de la inversión extranjera como vía para garantizar la impunidad de las empresas transnacionales y obstaculizar el acceso a la justicia</i>	40
PARTE II. EL CASO CHEVRON: PARADIGMA DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y AMBIENTALES Y DE LA IMPUNIDAD CORPORATIVA	48
1. <i>Catástrofe e impunidad: la historia del caso Chevron.....</i>	49
2. <i>Obstáculos para el acceso a los mecanismos judiciales presentes en el caso Chevron:.....</i>	67
3. <i>El arbitraje de inversiones entre Chevron y el Estado Ecuatoriano como ejemplo de vulneración del derecho a los mecanismos de reparación en los casos de violaciones de derechos humanos cometidos por empresas.....</i>	94
PARTE III. EL BINDING TREATY COMO VÍA PARA GARANTIZAR EL ACCESO A MECANISMOS DE JUSTICIA Y REPARACIÓN Y LA NECESARIA IMPLICACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.	142
1. <i>El acceso a la reparación como elemento fundamental en la construcción del Binding Treaty... 145</i>	145
2. <i>La experiencia de la Unión Europea en materia de acceso a la justicia y su necesaria implicación en el proceso hacia el Binding Treaty.</i>	150
PARTE IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES: NI EL CASO CHEVRON PUEDE REPETIRSE NI CHEVRON PUEDE QUEDAR IMPUNE.	162
ANEXO I. "TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONISTA.....	169

Prólogo

**“Nos encontramos en medio de una contienda épica,
la contienda entre los derechos de la Madre Tierra
y los de las multinacionales y los estados militarizados que,
mediante cosmovisiones y paradigmas obsoletos,
aceleran la guerra contra el planeta y las personas”**

Vandana Shiva, Ecofeminismo

Si tuviera que destacar una experiencia de entre todas las que he vivido estos años como diputada en el Parlamento Europeo, me viene a la mente, sin duda, aquella vez que saqué las manos llenas de petróleo de la tierra en pleno corazón del Amazonas.

Nunca había estado en Ecuador y tampoco en la selva amazónica, así que recuerdo vivir aquel tortuoso viaje, desde Quito hasta Lago Agrio, como si fuese una niña que ve por primera vez el mar. No cabía en mis ojos tanta belleza, me extasiaba la cantidad de vida que era capaz de percibir desde aquel autobús, siendo consciente de que sólo estaba viendo la superficie de aquel océano verde.

La selva lucha, intenta continuar su camino en la reproducción de la vida, hace todo lo posible por curar las heridas causadas por el hombre. Son heridas que apenas se ven a primera vista, pues los árboles intentan ocultarlas, pero que huelen y saben; son heridas abiertas que emanan muerte. Meter mis manos en aquella tierra y sacarlas completamente embadurnadas de crudo me produjo una de las sensaciones más sofocantes de mi vida. El suelo, los ríos, los peces, los animales, toda la cadena trófica y el perfecto equilibrio que la Naturaleza ha creado, en aquella vasta extensión de selva amazónica, ha sido mortalmente envenenado por las manos conscientes del hombre. ¿Cómo es posible que a día de hoy los culpables de tamaño biocidio sigan impunes? ¿Y cómo es posible que existan reiterados intentos por criminalizar a las comunidades afectadas por pedir justicia? ¿Estamos en el mundo al revés?

Lamentablemente, sí. Vivimos en un mundo de valores invertidos, el mundo del capitalismo. El capitalismo y sobre todo el neoliberalismo, como extensión globalizada y exacerbada del primero, necesita del constante crecimiento económico para reproducirse. Esa avaricia voraz por acumular lo convierte absolutamente todo en mercancía, incluso la propia vida, como las

semillas o los animales; y sólo es capaz de medir ese ansiado crecimiento en términos puramente económicos, presentes o potenciales. Bajo este sistema, la economía lo ocupa todo; es la brújula que guía a los gobiernos y que modela nuestras sociedades y, por tanto, la forma en que vivimos, pensamos u actuamos. Pero la economía no puede (¡y que nunca pueda!), cuantificar el amor, la felicidad, el buen vivir, el oxígeno que produce un árbol, los beneficios que genera un gusano bajo tierra, la dignidad de un pueblo al defenderse o la cohesión de una comunidad. Y al mismo tiempo este sistema patriarcal no quiere medir algo tan esencial como es el trabajo de la mujer, las funciones imprescindibles para la vida de cuidados y sustento; porque darle valor, y remunerarlo, haría caer al sistema, que se mantiene sobre él. Por este motivo, todos estos valores no cuantificables y que no son válidos a la economía, al capitalismo y al patriarcado, también han desaparecido del radar de quienes nos gobiernan y tienen el mandato primero de cuidar de nuestro bienestar. Quienes gobiernan, aún a través de procesos democráticos, y salvo contadas excepciones, acaban respondiendo al canto de sirenas del crecimiento. De un modo u otro, el poder económico (el verdadero poder) es el que acaba dirigiendo, desde las sombras, las decisiones políticas. Son los mismos que deciden sobre nuestra educación, nuestras ciudades, nuestros sistemas públicos de salud y cuidados, y sobre nuestras leyes. Son ellos mismos los que se hacen las leyes a su medida, a medida de su impunidad. Mientras blindan atroces derechos para las empresas a través de los tratados de libre comercio, impiden, mediante todo un entramado legal, fiscal y jurídico, ser alcanzados por la justicia.

El caso de Chevron-Texaco en la Amazonía ecuatoriana es un paradigma de la inversión de valores que el neoliberalismo lleva implícito, porque el nivel de impunidad es atronador. Una gran empresa extranjera que ha operado durante décadas de forma criminal y consciente, y que más de veinte años después aún siga siendo capaz de escapar a la justicia y evadir su responsabilidad. El crimen de Texaco no fue contra los pueblos del Amazonas, fue contra la vida, contra la Tierra, contra nuestra propia especie y contra nuestra supervivencia en este planeta.

El capitalismo somete la vida a la lógica de la acumulación, por lo que el expolio y el acaparamiento de recursos son lícitos aunque sus consecuencias sean un atentado contra la propia vida humana, animal o vegetal. Lo convierte todo en mercancía.

La lucha de los pueblos del Amazonas afectados por Chevron-Texaco en su búsqueda de justicia es la lucha de una visión del mundo frente a otra: la cosmovisión de quienes ven a la Tierra como Madre y sustentadora de toda vida, frente a quienes ven la Tierra como un gran supermercado de mercancías para acumular, competir y enriquecerse. Es la visión de quienes se sienten parte de la naturaleza, un miembro más de un ecosistema con el que se coopera para que todo él sobreviva; frente a quienes se sienten amos y señores de lo vivo y lo inerte, y bajo

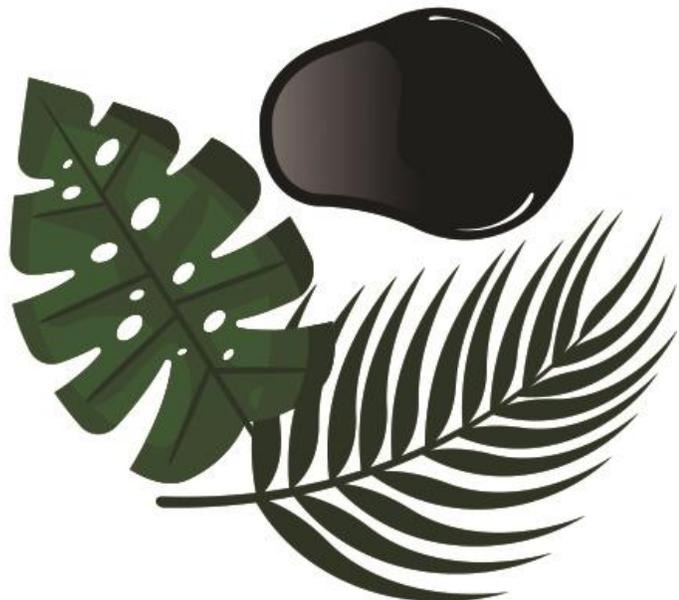
dinámicas patriarcales de dominación exprimen, arrancan y acaparan recursos sin mirar jamás lo que dejan atrás.

No me hizo falta meter las manos en las raíces de la selva para saber de qué lado estoy. Tengo clarísimo que son sólo ellos, los pueblos que aún poseen esta visión de la vida, quienes nos pueden enseñar a los demás a conectar de nuevo con la Madre Tierra, a cambiar la competición por la cooperación, a dejar de valorar la cantidad y aprender a distinguir la necesidad real de la creada, a vivir con menos pero vivir mejor.

Tengo muy claro que todas y cada una de las personas, afectadas o no, que luchan por esta y otras causas son mis hermanas, pues están defendiendo la vida, la mía y la de quienes están por nacer. Su lucha es la mía, su triunfo el de la justicia.

Mi sincero agradecimiento, cariño y admiración a mis hermanas y hermanos de la UDAPT, porque me abristeis los ojos a vuestro mundo y ahora sé hacia dónde mirar.

Lola Sánchez Caldentey



Resumen ejecutivo

El acceso a los mecanismos de reparación en el caso de violaciones de derechos humanos es un requisito fundamental que viene siendo cuestionado de manera particularmente reiterada en el ámbito de la relación entre empresas y derechos humanos. Los obstáculos al acceso a los mecanismos de reparación, y en particular al acceso a la justicia, continúan manteniendo a las víctimas en la indefensión y a los culpables impunes.

Esta situación tiene un origen multicausal. Por un lado, los Estados siguen sin adoptar los mecanismos de reparación necesarios, ni en el ámbito nacional ni en el internacional, para evitar la impunidad de las empresas y la indefensión de las víctimas. Por otro lado, y frente a la escasa o impotente actuación estatal, las empresas transnacionales utilizan estrategias diversas, tanto organizativas como jurídicas, para eludir las responsabilidades de reparación de las violaciones de derechos humanos que puedan cometer. Entre ellas, el recurso a las prerrogativas que los tratados de comercio e inversión reconocen a los inversores extranjeros, en particular mediante la inclusión de los mecanismos de solución de conflictos entre inversores y estados (ISDS). La conjunción de estos factores produce una “armadura jurídica” que puede llegar a asegurar la total impunidad de los actores económicos por la comisión de violaciones de derechos humanos.

La existencia de un conjunto de Principios y Declaraciones que desarrollan, de manera no vinculante, la responsabilidad de los Estados de establecer mecanismos efectivos de reparación de los derechos humanos no ha conseguido mejorar la situación de miles de víctimas que, como demuestra el caso Chevron, persiguen sin éxito la reparación efectiva desde hace décadas. De hecho, la situación de especial infradesarrollo de las obligaciones que se enmarcan en el llamado “Tercer Pilar” de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas está sobradamente documentada.

Así, la situación actual de la relación entre derechos humanos y empresas evidencia una terrible paradoja: determinados derechos, como el acceso a la justicia, desarrollados para proteger el conjunto de derechos humanos, se están utilizando, con toda su potencia, para salvaguardar las ganancias de entidades económicas. Este reconocimiento de nuevos derechos para los actores económicos no se ha acompañado del correlativo deber, y es bien sabido que en el ámbito internacional no existe norma alguna que establezca, de manera general, obligaciones de respeto de los derechos humanos a los actores económicos.

El llamado “Caso Chevron” es el ejemplo paradigmático del vínculo entre catástrofe, impunidad e indefensión. La catástrofe ambiental y humana producida en la Amazonía ecuatoriana derivó de casi 30 años de vertidos tóxicos provenientes de las actividades de extracción de la empresa transnacional. Una actuación consciente y permanente de la petrolera, vinculada a su modelo

extractivo, que destrozó una amplia extensión de la selva ecuatoriana. Un crimen corporativo sin precedentes que afectó ambiente, agua y suelo, que provocó desplazamientos forzosos y vulneró el derecho a la alimentación y a la salud de miles de indígenas, campesinos y campesinas. Cincuenta años después del inicio de aquel “Chernobyl ecuatoriano”, los efectos siguen presentes en la Selva y en la salud y la vida de sus habitantes.

Desde hace 25 años, más de 30.000 habitantes de la Amazonía ecuatoriana mantienen una batalla jurídica en contra de Chevron, y se enfrentan a una trama de obstáculos al acceso a la justicia. El caso Aguinda, la primera demanda de las víctimas contra Chevron, empezó como una acción de clase en New York en 1993 y terminó en 2002 con una decisión judicial que reenvió el caso a Ecuador, aplicando la doctrina del forum non conveniens. La estrategia de la empresa para evitar la jurisdicción norteamericana fue exitosa pero el precio fue el compromiso de aceptar la jurisdicción ecuatoriana. Los mismos demandantes comparecieron al año siguiente ante los tribunales ecuatorianos y continuaron su juicio contra Chevron, conocido partir de entonces como el caso Lago Agrio. La denominación deriva del nombre de la ciudad donde se encuentra la Corte Provincial de Sucumbíos, que emitió la primera sentencia condenatoria contra Chevron en 2011, ratificada en 2012. Posteriormente, la empresa interpuso un recurso de casación contra la condena, que ascendía a 9.500 millones de dólares, y que fue rechazado por la Corte Nacional del Ecuador en el año 2013. Chevron también perdió el caso ante la Corte Constitucional, que con su sentencia de julio de 2018 cerró definitivamente el proceso en Ecuador.

Aunque la sentencia condenatoria era firme desde el año 2012, nunca fue ejecutada. Chevron salió del Ecuador en 1992 dejando en sus cuentas bancarias tan solo 360 USD. Por este motivo, y a efectos de obligarla al pago de la indemnización, las y los demandantes se han visto obligados a instar la ejecución de la sentencia en los países donde se identificaron activos de Chevron. Se iniciaron por tanto acciones para el reconocimiento y ejecución de la sentencia en Brasil, Argentina y Canadá, pero no se ha podido atrapar a la empresa: la interposición de diversas estructuras societarias, de filiales y subsidiarias ficticias en distintos países, la permanente acción de Chevron interfiriendo en el proceso, el lobby político y la captura corporativa, siguen impidiendo la remediación efectiva.

La doctrina del foro de no conveniencia para evitar la aplicación extraterritorial de la justicia ha sido el método más efectivo para evitar que los tribunales del estado de origen de la empresa conocieran del asunto. La utilización del velo corporativo y del entramado societario ha sido una vía reiteradamente utilizada por Chevron para mantener su capital al abrigo de los intentos de ejecución de una sentencia firme.

Pero la historia de obstáculos trasciende de los levantados por la empresa en el proceso de las víctimas contra ella. Chevron contrató con una ofensiva, un lawfare corporativo contra el

Estado ecuatoriano y contra las víctimas, sus abogados y sus representantes, apoyado en el trabajo de más de dos mil abogados y lobistas.

Por un lado, en el año 2011, hubo un ataque directo de Chevron contra los abogados y representantes de las víctimas, a quienes la empresa demandó en Estados Unidos bajo la Ley de Organizaciones Corruptas e Influencia Extorsiva acusándolos de extorsión.

Por otro lado Chevron ha utilizado desde el año 2004 los mecanismos de arbitraje comercial para proteger sus intereses como inversor extranjero en el Ecuador, eludir la justicia ecuatoriana y obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas. La empresa ha planteado tres demandas contra este Estado por violación del Tratado Bilateral de Inversiones firmado entre Ecuador y Estados Unidos. Este tratado se firmó en 1993 pero su entrada en vigor no se produjo hasta 1997, años después de la finalización de la inversión de Chevron en Ecuador y de su abandono del país. En los tres casos a empresa utilizó la vía del arbitraje para obtener la impunidad frente a las condenas recaídas en la jurisdicción ordinaria.

El caso Chevron III comenzó el 23 de septiembre de 2009. El objetivo fundamental de la empresa en este asunto no era exigir una indemnización en el caso de una eventual condena en la jurisdicción ordinaria del Ecuador (en el caso Lago Agrio), sino exigirle al Estado que ordenase la no ejecución de una sentencia todavía pendiente en el momento de interponer la demanda arbitral. En este caso, el tribunal se consideró competente al amparo de un tratado que no estaba en vigor en el momento de la inversión. Para ello, amplió el concepto de inversión protegida hasta el punto de integrar dentro del mismo la firma de una serie de contratos entre la empresa y los gobiernos de turno en Ecuador fechados en 1995, 1996 y 1998. Aquellos contratos, reflejo absoluto de la captura corporativa, comprometían a la empresa a realizar unos superficiales trabajos de reparación. A cambio de una mínima actuación de limpieza, irrelevante respecto de la magnitud de la catástrofe, el Estado se comprometió a no interponer acciones en su contra relativas a la contaminación, conocida y probada de la Selva. En otras palabras, la exoneró de cualquier responsabilidad frente a actuaciones públicas en su contra. En ningún momento se comprometió, sin embargo, la acción de los particulares contra Chevron.

Considerándose impune gracias a estos contratos de liberación, protegidos en opinión de la empresa por el TBI, Chevron afirmó que la República del Ecuador había cometido una conducta “atroz e ilícita” al permitir la demanda de las víctimas en Lago Agrio. Posteriormente, en pleno proceso, la empresa modificó su demanda de fondo, afirmando que la sentencia no debía ejecutarse por haber sido dictada en una suerte de trama de corrupción de las víctimas a los jueces que conocían del caso.

El laudo de agosto de 2018 confirmó tanto la aplicabilidad omnicomprendensiva del TBI, como el carácter de “inversión” de los contratos firmados en los años 90 y la supuesta corrupción

fraguada para la obtención de una sentencia favorable a las víctimas en el caso Lago Agrio. Por estos motivos, el tribunal consideró que el Estado de Ecuador es culpable de una denegación de justicia a la empresa, que vulnera los contratos liberatorios y el TBI. Sobre esta base, el laudo ordenó al Estado ecuatoriano, entre otras cuestiones, la eliminación de la “ejecutabilidad” de la sentencia de Lago Agrio (desde la primera instancia a las subsiguientes); la adopción de medidas, incluso contra los particulares, para impedir que se inste el cumplimiento de parte de dicha sentencia, por cualquier medio y en cualquier lugar del mundo; y el pago de una reparación completa a Chevron, aun no cuantificada.

Según el contenido del laudo, los derechos del inversor, consagrados en el TBI, deben ser considerados superiores y prioritarios a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales o en la legislación nacional. De esta afirmación se derivan gravísimas consecuencias tanto respecto del acceso a la justicia de las víctimas como respecto del Estado de Derecho en Ecuador y, en general, respecto de la relación entre los Derechos Humanos y las normas de comercio e inversión.

El laudo de 2018 ordena a la República del Ecuador adoptar una decisión que implicaría intervenir el poder judicial para interferir en una causa entre particulares. Esta decisión supondría una actuación del Estado en defensa clara de una de las partes (precisamente la más poderosa y la que no es un ser humano), asegurando la intangibilidad de su patrimonio y su impunidad por el crimen cometido y la flagrante vulneración del derecho humano de acceso a la justicia, e indirectamente de muchos otros. El mandato del laudo colisiona frontalmente contra el ordenamiento jurídico interno del Ecuador y contra los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado. Para cumplirlo, y ante la inexistencia de una vía normativa apropiada, el Estado debería vulnerar su legislación, su constitución y distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo los Principios más básicos del Derecho como el principio de legalidad, el de lex posterior, supremacía constitucional o división de poderes; por no hablar del respeto a la soberanía nacional. De esta manera, el caso Chevron evidencia que, aun cuando una empresa transnacional llega a ser juzgada y condenada, aun cuando el poder judicial de un Estado pueda librarse de la poderosa captura corporativa de una de las transnacionales más potentes del mundo, la reparación puede frustrarse por la utilización de una vía paralela, abierta únicamente para la defensa de los intereses de las empresas: el bien conocido ISDS.

El caso Chevron no puede repetirse. El aprendizaje del caso Chevron es clave para evidenciar la necesidad de dar un salto cualitativo y disciplinar la actuación de las empresas bajo las reglas del derecho internacional de los derechos humanos. Este salto cualitativo puede materializarse con la adopción del Binding Treaty en el marco de la resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y para ello el papel de la Unión Europea es fundamental. La Unión

se encuentra vinculada a la protección de los derechos humanos en el mundo y este mandato se concreta tanto en sus valores básicos (artículo 2 TUE), como en sus líneas de actuación respecto de las relaciones internacionales (artículo 3.5 y artículo 21.1 y 21.1.b TUE), así como en el mandato de coherencia de las distintas políticas de la Unión (21.3 TUE). Ante la evidente insuficiencia del contenido del Tercer Pilar de los Principios Rectores, la Unión Europea debe responder a su mandato de promoción de los derechos humanos en el mundo e impulsar un instrumento que permita garantizar el respeto y la reparación de los mismos. En concreto, el proceso de la Resolución 26/9 es hoy en día el único que persigue la introducción de este tipo de medidas con carácter obligatorio. La Unión debe escuchar al Parlamento Europeo (Resolución del 4 de octubre de 2018) y dar un giro en su posicionamiento respecto del Binding Treaty. De igual manera, y especialmente tras el asunto Achema, es preciso un giro respecto de la política de protección de la inversión extranjera de la UE con terceros países y sus consecuencias sobre los derechos humanos.

Chevron no puede quedar impune. La batalla sigue y todavía no se ha escrito el último capítulo de la historia del caso contra Chevron. Podría ser la consagración de un sistema de (in)justicia que permite a los actores transnacionales actuar al margen de los derechos humanos (con el mensaje implícito de que es posible atentar contra el planeta y las vidas humanas durante 30 años y no asumir las consecuencias). Pero también podría ser el génesis de nuevas relaciones jurídicas donde se garantice la prevalencia de los derechos humanos por encima de los derechos de los inversores.

El artículo 3.5 del TUE no faculta a la Unión sino que la obliga a la defensa del ambiente y de los derechos humanos en el mundo. En este sentido, y aun en el plano declarativo, sería necesario que el Parlamento Europeo emitiera una opinión crítica con el proceso arbitral y sus posibles graves consecuencias para las víctimas, para el planeta y para el conjunto de los Derechos Humanos.

Introducción

Desde la década de los años setenta del siglo pasado, la necesidad de controlar la actuación de las empresas transnacionales para asegurar la protección y el necesario respeto de los derechos humanos y de la naturaleza ha estado presente en los debates políticos, jurídicos y sociales, transitando muy lentamente a la esfera normativa. A lo largo de más de medio siglo de debates, en un escenario marcado por las constantes denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por estos actores económicos, se han planteado múltiples principios y resoluciones. Sin embargo, hasta el momento, no existe un marco jurídico común que, en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, regule la obligación de respeto de las empresas respecto de los derechos humanos y asegure el acceso a la justicia de las víctimas.

De manera inversamente proporcional a esta carencia, han proliferado las normas de comercio e inversión que, como tratados internacionales de obligado cumplimiento para las partes, reconocen derechos específicos a los inversores extranjeros (las empresas transnacionales fundamentalmente) y los sitúan en un plano antes reservado únicamente para las personas, convirtiéndolas en sujetos que se benefician de derechos reconocidos por tratados internacionales. Paradójicamente, incorporar obligaciones destinadas directamente a estos nuevos sujetos de derechos para obligarles a respetar los derechos humanos se ha convertido en uno de los grandes temas de discusión, como se analizará en las páginas siguientes.

Sobre esta realidad, el presente informe se enfoca en la compleja relación entre empresas transnacionales y derechos humanos, tomando como punto de partida las siguientes tres afirmaciones.

En primer lugar, y aun a pesar del creciente debate y la promoción de diversas normas y principios sobre empresas y derechos humanos, es evidente que las violaciones de estos derechos cometidas por actores económicos se siguen produciendo y la impunidad por su comisión es la realidad preponderante.

En segundo lugar, se afirma que esta dupla impunidad/indefensión deriva de dos elementos, intrínsecamente vinculados: por un lado, las permanentes mutaciones en la estructura, organización, estrategia y movilidad de los actores económicos que les permiten elegir los marcos normativos más propicios y eludir las jurisdicciones menos favorables; por otro, los fallos y carencias de marcos normativos existentes en el ámbito nacional e internacional.

En tercer lugar, el presente informe sostiene una afirmación más contundente: mientras los derechos reconocidos a las personas cuentan con mecanismos débiles o ineficaces para su efectiva protección, las empresas (en su denominación de inversores extranjeros) tienen marcos normativos no solo más eficaces sino incluso *prioritarios* respecto de los instrumentos de

protección de los derechos humanos. La situación actual de la relación entre derechos humanos y empresas evidencia así una terrible paradoja: determinados derechos, como el acceso a la justicia, desarrollados para proteger el conjunto de derechos humanos, se están utilizando, con toda su potencia, para proteger a entidades económicas. Este reconocimiento de nuevos *derechos* para los actores económicos no se ha acompañado del correlativo deber, y es bien sabido que en el ámbito internacional no existe norma alguna que establezca, de manera general obligaciones de respeto de los derechos humanos a los actores económicos.

Con este triple punto de partida el presente informe se orienta a la consecución de tres objetivos.

La primera finalidad del informe es evidenciar que los actuales marcos regulatorios permiten, por acción u omisión, que las empresas transnacionales puedan evadan su responsabilidad jurídica respecto de las violaciones que eventualmente cometan de derechos humanos, directamente o a través de la actividad de sus cadenas globales de producción. En la categoría de “marcos normativos” se incluyen: las normas y principios orientados expresamente a regular la relación entre empresas y derechos humanos, en su mayoría no vinculantes; las normas procesales y la práctica judicial en el ámbito estatal y los marcos normativos dedicados a la protección de los derechos de las empresas, en concreto los que establecen prerrogativas de las mismas respecto de su acceso a la justicia (los tratados de comercio e inversión).

Estamos por tanto ante una situación de especial infradesarrollo de las obligaciones de establecer mecanismos de garantía de los Derechos Humanos cuando son vulnerados por empresas, obligaciones que se enmarcan en el llamado “Tercer Pilar” de los Principios Rectores¹, único instrumento actual vigente en el ámbito de Naciones Unidas. Los Principios Rectores aspiran a encuadrar sin carácter vinculante, es decir, sin establecer obligaciones, la relación entre empresas y derechos humanos. Como se afirma en estos Principios “Si los Estados no adoptan las medidas necesarias para investigar, castigar y reparar las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas cuando se producen, el deber de protección de los Estados puede debilitarse e incluso carecer de sentido”. A lo largo del presente informe se evidencian los enormes obstáculos todavía existentes para el acceso a la justicia de las víctimas, derecho que subsumimos como elemento principal de los mecanismos de reparación. A estos obstáculos al acceso a la reparación, debemos sumar las mencionadas prerrogativas que los tratados de comercio e inversión reconocen a las empresas, en particular mediante la inclusión de los mecanismos de solución de conflictos entre inversores y estados (ISDS). La conjunción produce un efecto de “armadura jurídica” que puede llegar a asegurar la impunidad de los actores económicos por la comisión de violaciones de derechos humanos.

¹ Consejo de Derechos Humanos, A/C/17/31, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 27 de marzo de 2011.

La segunda finalidad de este informe es demostrar esta realidad a través del estudio un caso paradigmático: el caso Chevron. Tal y como se señala en el Prólogo al presente informe, el caso Chevron reviste una especial importancia para la Unión Europea por varios motivos esenciales, resaltados por diversos eurodiputados, tanto en la misión de eurodiputados a Ecuador de 2016, como en la misión del grupo GUE/NGL de 2017. En primer lugar, por la magnitud del desastre ambiental y humano que las actividades de Chevron provocaron en la Amazonía ecuatoriana, con repercusiones no solo locales sino evidentemente globales; en segundo lugar, porque la controversia jurídica entre las víctimas de la Amazonía y la empresa evidencia de manera clara, tanto la existencia de diversos obstáculos al acceso a la justicia y a la reparación, que se deriva de las normas y la práctica judicial actual, como el impacto que sobre los Derechos Humanos y sus garantías tienen los TBI y los mecanismos de ISDS.

La tercera finalidad del informe es aportar una serie de recomendaciones respecto del papel que debe jugar la Unión Europea en la regulación de la relación entre las empresas transnacionales y los derechos humanos. Por un lado, se afirma como necesaria la adaptación del derecho internacional a la actual realidad empresarial, lo cual implica la necesidad de avanzar hacia normas vinculantes en el ámbito del supranacional que regulen la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos y que garanticen el derecho al acceso a la justicia. La Unión Europea ya ha recibido recomendaciones en este sentido, tanto de la Agencia de Derechos Humanos como del propio Parlamento Europeo, que serán debidamente reseñadas y comentadas en las páginas siguientes. Por otro lado, se remarca la necesidad de asegurar la prioridad de la protección de los derechos humanos frente a la protección de los intereses económicos de la inversión extranjera. Tampoco aquí se indica algo novedoso, por cuanto diversos informes de Relatores Especiales de Naciones Unidas, en particular el del Profesor De Schutter², ya se han pronunciado en este sentido. Ambas líneas de actuación se concretan en la recomendación a la Unión de adoptar una postura constructiva, incluso de liderazgo, que pueda conducir de manera exitosa a la adopción de un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos³, el llamado *Binding Treaty*.

² Asamblea General, A/HRC/19/59/Add.5, Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter, Addendum, Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements.

³ Resolución A/HRC/RES/26/9 «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos»: adoptada con votación en el Consejo de derechos humanos (CDH) de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>

Además, ya respecto del caso Chevron, el presente recuerda que la Unión Europea se encuentra vinculada a la protección de los Derechos Humanos en el mundo y que este mandato se concreta tanto en sus valores básicos (artículo 2 TUE) como en sus líneas de actuación respecto de las relaciones internacionales (artículo 3.5 y artículo 21.1 y 21.1.b TUE). Con estas bases, el informe apela a la coherencia en las políticas de la Unión para plasmar la necesidad de un posicionamiento de la Unión Europea que no solo cuestione la validez de los mecanismos de ISDS *ad intra* sino que critique su aplicación en el contexto internacional cuando se afecten derechos humanos.

PARTE I: Derechos humanos y empresas transnacionales: el acceso a los remedios como punto débil de la implementación de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos (el Tercer Pilar)⁴

El acceso a los mecanismos de reparación ante una violación de los derechos humanos es un requisito fundamental sin el cual no puede considerarse la existencia jurídica completa de los mismos. Dicho en otras palabras, la declaración normativa de un derecho cuya garantía repose únicamente en dicha redacción sin que existan tanto mecanismos que permitan su realización efectiva como mecanismos que faculten a los sujetos del derecho a exigir la reparación por una violación de ese derecho, no es suficiente para asegurar su reconocimiento jurídico⁵. Así, los instrumentos de reparación, en particular los de carácter judicial, pero también los extrajudiciales como complemento a los primeros, son un elemento esencial de la plasmación jurídica de los derechos humanos.

La afirmación de este carácter imprescindible de los instrumentos de reparación se revela especialmente importante cuando transitamos del ámbito relacional Estado-derechos humanos y nos encontramos en el contexto empresas-derechos humanos. Los mecanismos de reparación tradicionalmente estructurados y pensados para proteger los derechos humanos del individuo y los grupos en los que se integra frente a violaciones cometidas por el Estado se revelan inadecuados o se afirman inaplicables cuando el actor que comete la violación es una persona jurídica. De hecho, como veremos a lo largo del presente informe, aun cuando las evidencias de las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas (en particular por las que tienen una actividad transnacional) son cada día más conocidas y están provocando una preocupación creciente en el ámbito institucional nacional e internacional, la cuestión de los mecanismos de reparación cuando se trata la relación entre derechos humanos y empresas sigue siendo la gran asignatura pendiente.

Que las actividades de las empresas en su desempeño económico pueden afectar al disfrute efectivo de los derechos humanos, entendiendo este conjunto desde la perspectiva de la indivisibilidad, es una realidad incuestionable. Que los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la remediación efectiva por una violación de un derecho humanos sea quien sea el actor de la violación es igualmente innegable.

No se está afirmando aquí ninguna novedad. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señaló con claridad que

⁴ Parte redactada por Adoración Guamán Hernández (PhD). Profesora titular de derecho de la Universitat de València.

⁵ Para una teoría sobre los derechos humanos desde una perspectiva crítica se remite a: Herrera Flores, J., *La reinención de los derechos humanos*. Ed. Atrapasueños. 2008.

“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 que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas⁶.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) señaló en 2011 que:

“las actividades empresariales pueden perjudicar al disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto. Los ejemplos de problemas en este sentido son múltiples, desde el trabajo infantil y las condiciones de trabajo peligrosas hasta los efectos nocivos para el derecho a la salud, el nivel de vida, incluido el de los pueblos indígenas, y el medio ambiente natural, y los efectos destructivos de la corrupción, pasando por las restricciones de los derechos sindicales y la discriminación que sufren las trabajadoras⁷”.

Las afirmaciones antedichas se han convertido en un lugar ya común entre los documentos generados por los organismos de control de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que ya no se cuestiona, al menos en el plano teórico, que la obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para asegurar ni las empresas ni los particulares priven a las personas de sus los derechos humanos⁸.

Sin embargo, la realidad actual nos demuestra que el acceso de las víctimas a la reparación efectiva en el caso de crímenes corporativos es muy limitado. Ni los marcos jurídicos estatales ni los internacionales provén en la actualidad instrumentos suficientes para la adecuada garantía de este acceso en general y del derecho al acceso a la justicia en particular.

⁶ Consejo de Derechos Humanos. *Observación general No. 31*: la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. 2004. Disponible en: <<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom31.html>>.

⁷ Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales. 2011. En un sentido similar, v. gr. Asamblea General, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders: “Non-State actors are thus included and therefore have a responsibility to promote and respect the rights enshrined in the Declaration and, consequently, the rights of human rights defenders”, A/65/223, para. 9; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations, on the third periodic report of Azerbaijan (2013), E/C.12/AZE/CO/3, para. 15; Comisión de derechos humanos, Informe presentado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2004/94/Add.1.

⁸ Entre otros documentos que contienen esta afirmación, vid., respecto del derecho a la alimentación adecuada: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1999/5, General Comment No. 12 (1999): The right to adequate food, para. 15.

Entrando ya en la cuestión que nos ocupa a este informe, es importante recordar que el peso de la regulación de la relación entre empresas y derechos humanos sigue descansando fundamentalmente en directrices y principios no vinculantes. Dentro de esta categoría, el instrumento más importante en la actualidad, el único endosado hasta el momento por el Consejo de Derechos Humanos, son los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”⁹. Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de tres grupos de principios fundamentales, los denominados “tres pilares”, que son los siguientes: las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales (Primer Pilar); el papel de las empresas, que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos (Segundo Pilar); y la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento (Tercer Pilar). Los Principios, como su propio texto indica, “no establecen nuevas obligaciones de derecho internacional”, ni instauran un mecanismo coercitivo para asegurar su cumplimiento ni establecen obligaciones directas para las empresas¹⁰.

Las carencias de este marco se han señalado tanto desde el punto de vista general, por su falta de obligatoriedad, como, desde el punto de vista concreto, por ausencia de medidas de

⁹ Consejo de Derechos Humanos, A/C/17/31, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". 27 de marzo de 2011. Este documento contiene 31 principios ordenados en tres pilares y divididos entre principios fundacionales y operacionales. Los Principios deben ser desarrollados por los llamados “Planes Nacionales de Actuación”.

¹⁰ En el mismo ámbito internacional, junto con estos Principios y con idéntico carácter no vinculante, destacan tanto la Declaración tripartita de principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las empresas multinacionales y la política social. La OIT adoptó, en 1977, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Declaración EMN). Esta Declaración ha sufrido subsiguientes modificaciones. En primer lugar, tras la 279ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en noviembre del año 2000, se incluyó en el texto la necesaria referencia a la recién aprobada Declaración de los Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento; posteriormente en la 295ª reunión de la CIT en marzo de 2006 se incluyó la referencia al Pacto Mundial, a los Objetivos del Milenio y al Programa Global de Empleo. En el Consejo de Administración de la OIT de 2014 se incluyó un nuevo mecanismo de seguimiento a la Declaración EMN para permitir un aumento de las actividades promocionales y de capacitación y el establecimiento del mecanismo de compilación de datos que fomenta las discusiones sobre políticas entre gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, en el marco de las Reuniones Regionales de la OIT. En el año 2017 esta Declaración fue actualizada; Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (revisión de 2011) y sus subsiguientes documentos. Ya en el plano regional, es muy interesante, aun cuando se mantiene en el ámbito de la voluntariedad, la Recomendación del Consejo de Europa aprobada en marzo de 2016 sobre los derechos humanos y las empresas. La Resolución fue adoptada por el Comité de Ministros el 2 de marzo de 2016 en la 1249ª reunión de los delegados de los ministros.

implementación necesaria para el desarrollo del Tercer Pilar por parte de los Estados¹¹. Se trata de una cuestión que ha centrado la atención de múltiples informes que evidencian, tras siete años de puesta en práctica de los Principios, la persistencia de graves obstáculos para el acceso a la justicia y a la reparación efectiva de las víctimas.

A efectos de desarrollar los principales obstáculos que existen para el acceso a la justicia va a dividirse este epígrafe en tres subapartados: en el primero se tratará de manera concisa el contenido del Tercer Pilar, en lo relativo a los mecanismos judiciales estatales y su conexión con el derecho al acceso a la justicia y a la remediación efectiva como derecho humano, recogido en diversas normas internacionales. El segundo apartado se destina al análisis de las barreras existentes al ejercicio de este derecho al acceso a los mecanismos de reparación en el caso de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales. El tercer apartado se dedica al análisis del impacto que el particular *derecho* de las empresas a acceder a mecanismos de reparación derivados de tratados de comercio e inversión tiene sobre la eficacia del Tercer Pilar y su compatibilidad con el derecho humano del acceso a la justicia.

Cabe hacer una específica mención, antes de comenzar, al concepto de reparación, a través de la elaboración realizada en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Contenidos en la Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 (60/147).

Según se afirma en el apartado 15 de estos Principios:

“Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima”.

¹¹ Vid. en particular el informe: Skinner, G., et alt., «El Tercer Pilar: El acceso efectivo a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales», International Corporate Accountability Roundtable, icar, core y European Coalition for Corporate Justice, ECCJ, 2013

Es de fundamental importancia, dado el carácter transnacional de los actores económicos implicados en violaciones de derechos humanos y muy en particular en el caso Chevron, atender al contenido del apartado 17, al que se regresará a lo largo de este informe.

“Los Estados ejecutarán, con respecto a las reclamaciones de las víctimas, las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, y procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales. Con ese fin, los Estados deben establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños”.

1. El Tercer Pilar: el derecho a la reparación efectiva de las víctimas de las violaciones de derechos humanos cometidas por actores empresariales

El Tercer Pilar del marco creado por Ruggie dedicado al acceso a los mecanismos de reparación ha sido, con diferencia, el más criticado tanto por su falta de concreción y de exhaustividad como por su escaso desarrollo. Del conjunto de los 6 Principios de este Pilar nos interesan dos, el 25 y el 26.

En concreto, el Principio Fundacional 25 contiene la obligación de los Estados de tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces. A continuación, el Principio Operativo 26 se dirige a los mecanismos judiciales estatales, para afirmar que los Estados deberían asegurar la eficacia de los mismos y limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación¹².

El comentario al Principio 25 señala con claridad que “si los Estados no adoptan las medidas necesarias para investigar, castigar y reparar las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas cuando se producen, el deber de protección de los Estados puede debilitarse e incluso carecer de sentido”; mientras, ya respecto de los mecanismos judiciales, el comentario al Principio 26 señala que “los mecanismos judiciales eficaces son esenciales para garantizar el acceso a la reparación. Su capacidad para hacer frente a las violaciones de los

¹² Debe recordarse además que, en el ámbito del Primer pilar, el Principio Operativo 8 recuerda que “los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión”.

derechos humanos relacionadas con empresas depende de su imparcialidad, integridad y capacidad de hacer respetar las debidas garantías procesales”.

Una lectura de conjunto de los Principios evidencia que el contenido del Tercer pilar, la garantía del derecho a la reparación, se vincula con las obligaciones de los Estados establecidos en el Primer Pilar. Así los Principios afirman que los Estados deben garantizar los derechos humanos y que esta garantía requiere asegurar que las víctimas pueden obtener una reparación, a través del acceso a vías judiciales eficaces (entre otros medios), sea quien sea el autor de la violación.

Esta afirmación no supone una novedad. De hecho, el Consejo de Derechos Humanos en la Observación General No. 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, afirmó que:

“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 que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”¹³.

En este sentido los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de regulación normativa y sometimiento a la justicia, estando obligados a investigar las denuncias de violación de derechos humanos de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales¹⁴. El corolario de esta obligación es el deber de garantizar la reparación integral a las personas cuyos derechos han sido infringidos¹⁵.

¹³ Comité de derechos humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Observación General No. 31 al PIDCP, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, para. 8

¹⁴ Comité de derechos humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Observación General No. 31 al PIDCP, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, para. 15.

¹⁵ Según afirma la Observación General No. 31 al PIDCP, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos. Observación General No. 31 al PIDCP, Naciones Unidas, Comité de derechos humanos, Observación General No. 31: Naturaleza de la

Además, el Consejo de Derechos Humanos también ha dejado clara la íntima conexión entre el deber de asegurar las garantías para el acceso a la reparación y el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido ha dejado sentado que la existencia de mecanismos judiciales no constituye el único medio, pero que unos mecanismos judiciales nacionales eficaces son “esenciales para garantizar el acceso a reparación”¹⁶. Otros órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos y diversas resoluciones de la Asamblea General de NU han señalado en múltiples ocasiones que los Estados deben proteger los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, en el contexto de las actividades empresariales llevadas a cabo por empresas de titularidad pública o privada¹⁷ y que existen responsabilidades específicas respecto de las empresas de titularidad pública¹⁸ o de aquellas que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales¹⁹.

Cabe destacar por su especial claridad el contenido de la “Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales”, en la que el texto del Comité del PIDESC, que en afirmó que:

“los Estados partes deben ofrecer una protección eficaz a los titulares de derechos contra las violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales en las que intervengan agentes empresariales, mediante la adopción de leyes y reglamentos adecuados y de procedimientos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para establecer y hacer cumplir las normas de actuación empresarial”²⁰.

El Comité destacó, además, la relevancia de este derecho en los siguientes términos: “Es de máxima importancia que los Estados partes faciliten acceso a recursos efectivos a las víctimas

obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos en su fundamental informe de mayo de 2016, titulado “Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales”,

¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2011/1, Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales, para. 3.

¹⁸ Vid. sobre esta cuestión: Asamblea General, A/RES/56/83, Resolución 56/83 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁹ Consejo de derechos humanos, A/C.17/31, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”.

²⁰ ONU. Comité DESC. Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/2011/1. 12 de julio de 2011. párr. 5.

de violaciones empresariales de los derechos económicos, sociales y culturales, por la vía judicial, administrativa, legislativa o por otro medio adecuado”²¹.

Como ha recordado el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, existe una estrecha relación entre los derechos y las reparaciones. Así, “el derecho a una reparación efectiva por los daños causados es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos” y el acceso a una reparación efectiva es un componente esencial de los Principios Rectores²². Más aún, se ha llegado a afirmar que “el acceso a la reparación por la vía judicial es la columna vertebral del tercer pilar de los Principios Rectores”²³.

El derecho de las víctimas a interponer recursos ante los tribunales y obtener la tutela judicial efectiva, como núcleo del más amplio concepto de derecho a la reparación, es por tanto uno de los derechos humanos esenciales y básicos que permiten el ejercicio de los otros derechos humanos.

Debe advertirse que la distinción entre el derecho a la reparación efectiva y más concreto derecho el acceso a la justicia es compleja. A efectos de aclarar los términos es útil referirse al Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas de 18 de julio de 2017, cuyo primer apartado se orienta a la realización de una distinción entre estos conceptos. Señala el informe que la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2), reconocen el “derecho a una reparación efectiva”, mientras que otros tratados internacionales mencionan “el acceso efectivo a la justicia” (por ejemplo, el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). En los posteriores Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, de 2005, se mencionan tanto el derecho a una reparación como el acceso a la justicia. En concreto, el principio 11 subsume el acceso a la justicia dentro del derecho a la reparación. Los Principios Rectores se refieren a la reparación efectiva, integrando en ella como hemos visto, los mecanismos judiciales (Principios 25 y 26).

²¹ ONU. Comité DESC. Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/2011/1. 12 de julio de 2011. párr. 5.

²² Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, presentado de conformidad con las resoluciones 17/4 y 35/7 del Consejo de Derechos Humanos el 18 de julio de 2017 (A/72/162)

²³ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas acerca del sexto período de sesiones del Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos. A/HRC/38/49

Por su parte, La Agencia Europea de los Derechos Fundamentales ha afirmado que el derecho al acceso a la justicia

“Permite a las personas protegerse contra la violación de sus derechos, corregir ilícitos civiles, exigir responsabilidades al poder ejecutivo y defenderse en procesos penales. Es un elemento importante del Estado de Derecho y abarca el Derecho civil, penal y administrativo. El acceso a la justicia es un proceso y un objetivo y es crucial para las personas que desean beneficiarse de otros derechos procesales y de fondo”

(...)

“obliga a los Estados a garantizar a todas las personas el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales —o, en algunas circunstancias, a otro órgano de resolución alternativa de conflictos— para interponer una demanda si se han vulnerado sus derechos”. La misma Agencia ha señalado que se trata de un derecho de contenido complejo, que comprende varios derechos humanos fundamentales entre los que destacan el derecho a un proceso equitativo y el derecho a un recurso efectivo²⁴.

Más allá de las definiciones, es fundamental referirse al contenido del artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. Este derecho ha sido recogido en numerosos instrumentos internacionales²⁵ y se encuentra entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio²⁶.

²⁴ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, 2016. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/1034ed26-1f53-11e7-84e2-01aa75ed71a1>

²⁵ En particular el artículo 2 y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario, disposiciones que figuran en el artículo 3 de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 (Convención IV), en el artículo 91 del Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977, y en los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. en diversos convenios regionales, en particular el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos

Además, el derecho al acceso a la justicia fue desarrollado en 2005 por los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”²⁷, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas. En concreto el principio 11 señala como derechos de las víctimas el acceso a la justicia, la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

Cabe recordar también que, respecto del concreto acceso a los mecanismos judiciales, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, afirma que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”²⁸.

Humanos y el artículo 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

²⁶ Objetivo 16: promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

²⁷ “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

²⁸ Este artículo ha sido desarrollado en la Observación General del Comité del Derechos Humanos, N° 32 sobre el Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como señala la Observación, este derecho, de naturaleza compleja es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley. Dentro de él podemos encontrar, entre otros, los siguientes derechos: igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y garantía de no discriminación, por razones tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición. Entre otras cuestiones, la igualdad en el acceso podría verse vulnerada por la imposición de costas a las partes en un proceso judicial que de hecho impida el acceso de una persona a la justicia puede plantear cuestiones en virtud del párrafo 1 del artículo 14. La igualdad de medios procesales implica que las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento y que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte. El derecho, según se garantiza en el artículo 14.1, consagra también el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, si se enfrentan a una acusación de carácter penal o si se trata de determinar sus derechos y obligaciones de carácter civil. El Comentario General también indica que en casos excepcionales, también puede exigir que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella.

A pesar del amplio reconocimiento del derecho a la reparación efectiva, es una opinión ampliamente compartida que este derecho (al que denominamos el Tercer Pilar en general) y el concreto acceso a los mecanismos judiciales en particular, están recibiendo un desarrollo muy desigual y que los obstáculos existentes para la reparación de las víctimas no se han removido.

De hecho, estos obstáculos ya habían sido previstos en el mismo texto de los Principios Rectores. El Comentario al Principio 26, que establece la obligación de asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales, indica con claridad que existen obstáculos legales y barreras prácticas y de procedimiento para la adecuada reparación de los derechos violados. Así, la necesidad de impulsar su aplicación efectiva ha sido señalada por diversos organismos regionales e internacionales. Sin embargo, más de 7 años después de la aprobación de los Principios los obstáculos permanecen.

En este sentido, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado “Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales”²⁹, afirmó con total claridad que la rendición de cuentas y reparación de daños son, todavía, difíciles de conseguir en los casos de violaciones cometidas por empresas. De manera textual el informe afirmó que:

“Las consecuencias de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos dan lugar a la apertura de causas en muchas jurisdicciones, pero las demandas privadas suelen finalizar sin que se llegue a juicio y, en los casos en que se obtiene una reparación, a menudo esta no satisface la norma internacional en materia de reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido” [...] “las personas que buscan valerse de mecanismos judiciales para obtener reparación se enfrentan a numerosos desafíos. Si bien estos desafíos varían según la jurisdicción, existen problemas persistentes, que son comunes a muchas jurisdicciones. Entre dichos problemas, cabe citar unos regímenes jurídicos fragmentarios, mal diseñados o incompletos; la falta de innovación en el ámbito jurídico; el desconocimiento del alcance y el funcionamiento de los regímenes; las complejidades estructurales en el seno de las empresas; los problemas a la hora de

²⁹ el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado “Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales” (A/HRC/32/19) de 16 de mayo de 2016. En este informe se establecen orientaciones para mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, de conformidad con el Proyecto sobre Rendición de Cuentas y Reparación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y atendiendo a la solicitud formulada por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 26/22. En el anexo al informe se incluyen las orientaciones que revisten la forma de “objetivos de políticas” para la adopción de medidas jurídicas en el ordenamiento interno

acceder a una financiación adecuada para reclamaciones de derecho privado; y la falta de medidas de cumplimiento. Todos estos problemas han contribuido a crear un sistema de recursos de derecho interno “desigual, imprevisible, a menudo ineficaz y frágil.”³⁰

En una línea similar, en su informe sobre las formas contemporáneas de esclavitud de 2015³¹, la Relatora Especial ya había expresado su preocupación porque:

“(…) pese a mejoras notables en años recientes, las deficiencias de protección jurídica y reglamentaria de las víctimas de formas contemporáneas de esclavitud en materia de derechos humanos existen en muchos países. Esto tiene consecuencias significativas en cuanto al cumplimiento de la responsabilidad jurídica empresarial. En muchos casos, los Estados también carecen de un enfoque integrado respecto de las leyes penales, laborales y de derechos humanos que obstaculizan el cumplimiento de la ley, lo que impide la investigación y el enjuiciamiento efectivos de los abusos. En los casos en que se cuenta con un marco legislativo, algunas veces este se ve afectado por procedimientos jurídicos dilatados y actos de corrupción, incluido el soborno, lo que significa que el acceso a un recurso es lento y a consecuencia de ello las víctimas sienten renuncia a presentarlo”.

La misma Comisión Europea, en su documento sobre la implementación de los Principios Rectores publicado en 2016 señaló que³²:

“A first analysis shows the existence of some practical problems with access to justice in cases of business-related human rights abuses and to identify remedies. The current framework of judicial means for access to remedies is comprehensive and even allows, within certain parameters, extra-territorial access to remedies for victims of corporate-related harm. However, there remains a certain dichotomy between actions against companies with a seat domiciled in the EU (for which jurisdiction is regulated at EU level) and actions against companies with domicile outside the EU (for which jurisdiction is regulated at national level). Any changes to this legal framework will require a willingness from the co-legislators to take this forward”.

Es importante señalar, como final de este subapartado, que la evolución del Tercer Pilar en el ámbito de los Estados Miembros es indudable. A nivel legislativo, es imprescindible recordar

³⁰ Ibidem.

³¹ Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, A/HRC/30/35, de 8 de julio de 2015.

³² Commission staff working document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights - State of Play, Brussels, 14.7.2015. SWD S(2015) 144 final. Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/swd_2015_144_f1_staff_working_paper_en_v2_p1_818385.pdf

ejemplos como el del Reino Unido (con la *Modern Slavery Act*, de 2015), el del estado de California (con *California Transparency in Supply Chains Act*, de 2010) o el de Francia (con *La Loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre*, de 2017), con normas que implican algún tipo de voluntad de controlar el cumplimiento de las obligaciones de respeto de los Derechos Humanos por parte de las empresas a lo largo de sus cadenas de producción. Por otro lado, en el plano jurisprudencial, también pueden constatarse avances³³.

Un ejemplo interesante lo encontramos en la ya conocida sentencia de la *England Court of Appeal*, de 13 de octubre de 2017, (Caso Dominic Liswaniso y otros contra Vendata Resources y Konkola Copper Mines). La misma ha abierto la posibilidad de que las empresas radicadas en las islas puedan ser investigadas y perseguidas por violaciones de derechos humanos cometidas en terceros países³⁴. También el caso Kik es un ejemplo de actualidad de admisión de una demanda por daños extraterritoriales. En este caso, la empresa alemana Kik fue demandada el 13 de marzo de 2015 ante un tribunal regional de Dortmund, Alemania, por cuatro de las víctimas de un incendio acaecido en una de los talleres de la cadena de producción de la empresa transnacional, situado en Pakistán. El tribunal alemán admitió la demanda el 29 de agosto de 2016³⁵, aceptando la jurisdicción y declarando la gratuidad del proceso para las víctimas³⁶. La base de la demanda se sustenta en el incumplimiento de la empresa alemana de su deber de cuidado y de vigilancia, considerando que la empresa alemana debe ser jurídicamente responsable por una omisión con consecuencias desastrosas. El 18 de noviembre de 2018 comenzó la vista oral del caso.

³³ Para un recorrido por el contenido y la bibliografía sobre estas normas se remite a: Guamán, A., *Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos*, Lex Social, V. 8, Nº2, 2018. Disponible en https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3492/0

³⁴ El caso se deriva de la acción colectiva presentada por más de 2000 afectados de Zambia por la contaminación vertida por la mina KCM's Nchanga, empresa subsidiaria de Vedanta, una de las transnacionales más grandes del mundo en cuanto a extracción de recursos naturales y domiciliada en Reino Unido. El argumento del Tribunal de apelación es que el Reino Unido, al formar aún parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, está sometido al derecho de la UE y a los preceptos antedichos. Los demandantes zambianos, en este sentido, y de acuerdo con el alto tribunal inglés, habrían demostrado en el presente caso la estrecha subordinación de KCM a Vedanta, por ser la primera una mera correa de transmisión de la segunda y presentar respecto a esta una total dependencia financiera. El caso se comentó en el artículo: Guamán, A., "Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)". *Jueces para la Democracia*. Nº 92. La sentencia puede consultarse en:

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b8ce048f-9093-4812-8023-641f717e3829>.

³⁵ <http://www.disputeresolutiongermany.com/2016/08/dortmund-court-grants-pakistani-workers-legal-aid-to-pursue-tort-claims-against-german-textile-importer/>

³⁶ Sobre este caso se remite al análisis publicado en: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/pakistan-kik.html y en <http://grundundmenschrechtsblog.de/supply-chain-liability-the-lawsuit-by-karachi-claimants-against-retailer-kik-in-historic-perspective/>

Sin embargo, y pese a estos avances, la situación en terceros países es sumamente desigual, lo que permite no solo que las víctimas de empresas transnacionales con sede fuera de la UE permanezcan indefensas, sino que se mantenga un nivel de juego desigual que acaba situando a las empresas transnacionales cuyas matrices están en esos terceros estados en una posición de ventaja competitiva. Así, el objetivo de asegurar un nivel de juego equitativo para los actores económicos a nivel global que garantice el acceso de las víctimas a recursos y reparación está lejos de ser conseguido ya que las normas no vinculantes son, por su propia configuración, respetadas de manera muy desigual. En este sentido, y como se ha repetido en muy diversos foros, los Estados más comprometidos con ellas, para no perjudicar a su propio tejido empresarial, deberían apostar de manera firme por la adopción de marcos obligatorios a efectos de asegurar ese terreno de juego nivelado.

2. Obstáculos para el acceso a los mecanismos de reparación en situaciones de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales.

Transcurridos ocho años de la adopción de los Principios Ruggie (y bastantes más desde las otras experiencias regulatorias no vinculantes) y más allá de los textos que alientan al respaldo y puesta en marcha de los mismos, son ya numerosas las voces críticas respecto de su idoneidad como vía para asegurar de manera eficaz el acceso a mecanismos de protección para las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas. Así, ya es una cuestión comúnmente aceptada que la mayoría de las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales se han saldado o bien con la impunidad de la empresa transnacional implicada y la indefensión de las víctimas o bien con una reparación económica en mediación privada, evitando la actuación de los tribunales.

Como se ha señalado anteriormente, la necesidad de fortalecer los mecanismos de reparación fue una cuestión clara en el momento de redacción de los Principios Rectores. De hecho, el comentario del Principio 26 enumera los obstáculos legales que pueden impedir o limitar la eficacia de los mecanismos judiciales, señalando entre otros la imposibilidad de acceder a los tribunales del Estado de origen, la infraprotección de los derechos humanos de ciertos grupos de personas, como los pueblos indígenas o los migrantes, o la inadecuación de los marcos normativos; entre los obstáculos procesales se señalan la inexistencia de vías para la reclamación conjunta o procedimientos de representación, la dificultad para conseguir información o representación letrada, los costos de los procesos, la falta de recursos públicos para asegurar la atención especializada o la capacidad de la administración de justicia de llevar a cabo de manera adecuada las tareas de investigación en delitos contra los derechos humanos cometidos por empresas. Los Principios destacan la existencia de discriminaciones respecto del acceso a la tutela judicial efectiva, afirmando la necesidad de prestar especial atención a los

derechos y las necesidades específicas de estos grupos o poblaciones en cada etapa del proceso de reparación: acceso, procedimientos y resolución.

A pesar de esta constatación, los obstáculos al acceso a la tutela judicial efectiva en particular y a la remediación en general se mantienen en la actualidad, en buena medida debido a la falta de capacidad vinculante de los Principios Rectores.

En este sentido, es especialmente relevante el ya mencionado informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales”³⁷ de 2016, donde se señaló que:

“Las consecuencias de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos dan lugar a la apertura de causas en muchas jurisdicciones, pero las demandas privadas suelen finalizar sin que se llegue a juicio y, en los casos en que se obtiene una reparación, a menudo esta no satisface la norma internacional en materia de reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido”³⁸.

El informe también destaca que, aunque muchos regímenes jurídicos internos se centran en las actividades empresariales que se desarrollan dentro del territorio del país y en sus efectos, las realidades propias de las cadenas mundiales de suministro y el carácter transfronterizo del comercio, la inversión, las comunicaciones y el movimiento de personas están imponiendo nuevas exigencias a los regímenes jurídicos internos y a las personas encargadas de aplicarlos.

Una de las bases de este informe de 2016 fue el estudio encargado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado “Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies”, realizado por Jennifer Zerk en el año 2014³⁹. La autora del estudio enumera hasta 22

³⁷ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado “Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales”, A/HRC/32/19, de 16 de mayo de 2016. El punto de partida de este informe fue la constatación, ya en 2013, de la necesidad de reforzar el Tercer Pilar que llevó al Alto Comisionado como parte de su mandato de impulsar la protección y promoción de los derechos humanos en todo el mundo, a iniciar un proceso destinado a ayudar a los Estados a fortalecer su aplicación de este tercer pilar, especialmente en casos de violaciones graves de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales.

³⁸ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado “Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales”, A/HRC/32/19, de 16 de mayo de 2016.

³⁹ Disponible en

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>

casos de violaciones graves de derechos humanos cometidas por empresas⁴⁰. Ninguno de los casos que ya han sido cerrados ha finalizado con una sentencia condenatoria a una empresa por la comisión de violaciones a derechos humanos. Un elevado porcentaje se acabó solucionando por negociación extrajudicial entre las víctimas y las empresas⁴¹.

El análisis de estos casos, y de los marcos normativos existentes en el plano nacional, lleva a la autora del informe a afirmar que las víctimas siguen enfrentándose a barreras legales, financieras, prácticas y procedimentales que en muchos casos impiden totalmente el ejercicio del derecho al acceso a la justicia. A esto se le suma las diferencias existentes entre los distintos sistemas normativos estatales que “exacerban las desigualdades” en la garantía de este derecho, crean incertidumbres a las víctimas y facilitan comportamientos empresariales de menosprecio de los derechos y de sensación de impunidad, además de obstaculizar las posibles iniciativas de cooperación internacional. En resumen, la autora afirma que el actual sistema de recursos en el plano estatal frente a las violaciones de derechos humanos es “fragmentario, impredecible, a menudo ineficaz y frágil”. Un sistema que no sólo falla a las víctimas, sino que también impide, como venimos señalando, la existencia de un campo de juego nivelado que asegure que la competencia entre las empresas se desarrolla en marcos normativos claros y con estándares mínimos compartidos.

⁴⁰ A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes:

Blackwater/Irak: la empresa fue acusada, utilizando la Alien Tort Statute de actuar negligentemente y no aplicar la debida diligencia en la selección y entrenamiento de su personal, que cometió asesinatos y crímenes de guerra en Irak en 2007, los casos se solucionaron finalmente con acuerdos extrajudiciales.

Nishimatsu Construction / Japón: la empresa fue acusada ante un tribunal de Hiroshima por cinco ciudadanos chinos que alegaron haber sido trasladados y esclavizados durante la II Guerra Mundial por la empresa. El caso fue desestimado y se llegó a un arreglo extrajudicial.

Nippon Steel & Sumitomo Metal Corp/Japan/South Kore: en el año 2013 un tribunal de Corea del Sur condenó a la empresa japonesa por la comisión de violaciones a los derechos humanos y al pago de compensaciones económicas a cuatro ciudadanos surcoreanos que demostraron haber sido sometidos durante años a trabajo forzoso.

⁴¹ El ejemplo del Rana Plaza es la clara imagen de la preferencia de las empresas transnacionales por alcanzar un acuerdo extrajudicial de compensación económica. En octubre de 2013 se estableció la Comisión de Coordinación del Rana Plaza, presidida por la OIT y compuesta por representantes del gobierno, sindicatos, empresas del textil implicadas y ONG, el objetivo de esta Comisión era desarrollar y vigilar el cumplimiento del *Understanding for a Practical Arrangement on Payments to the Victims of the Rana Plaza Accident and their Families and Dependents for their Losses*. En este acuerdo, las partes firmantes se comprometieron a cooperar para determinar las pérdidas que debían ser cubiertas, asegurar la debida asistencia a las víctimas y familiares para que pudieran presentar adecuadamente las quejas para ser atendidas, ofrecer la asistencia técnica necesaria durante todo el proceso, etc. En enero de 2014, la OIT creó el Fondo fiduciario de donantes del Rana Plaza a fin de apoyar los esfuerzos de la Comisión para financiar el sistema. En junio de 2015 la OIT anunció que se habían recaudado los 30 millones de dólares estimados para pagar las compensaciones a las más de 2.800 millones de víctimas que habían presentado quejas. La lista de donantes y las cantidades, de aquellos que la han hecho pública, está en la página web de la Comisión de Coordinación.

Por su parte, el Grupo de Trabajo de expertos sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas del Consejo de Derechos Humanos, también ha remarcado la cuestión de las carencias del Tercer Pilar. Así, en su informe de abril de 2017 afirmaba con claridad que:

“Muchos de los estudios recientes se han ocupado especialmente de las dificultades y los obstáculos que plantea lograr un enjuiciamiento. De hecho, las organizaciones de la sociedad civil han tratado infructuosamente de interponer demandas ante las fiscalías nacionales. Los Estados siguen mostrando falta de voluntad política para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales desde la perspectiva del derecho penal”⁴².

El desarrollo de los Principios Rectores y en concreto, la elaboración de los Planes Nacionales de Actuación no está permitiendo superar el problema de la falta de implementación de las obligaciones del Tercer Pilar. Así se ha constatado, por ejemplo, en el informe del mismo Grupo de Trabajo de 18 de julio de 2017⁴³ donde se afirmó la necesidad de avanzar de manera conjunta hacia la consecución de mecanismos eficaces de reparación para las personas perjudicadas por las actividades empresariales. Este informe de 2017 tiene una importancia fundamental por cuanto contiene una serie de recomendaciones específicas, tanto para Estados como para empresas, que serán detalladas a lo largo del presente texto.

En la misma línea, el informe de la sexta sesión del Foro de Empresas y Derecho Humanos de 2018⁴⁴, señala las carencias en el ámbito del acceso a la investigación, rendición de cuentas y reparación de la siguiente manera:

⁴² Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/35/33, “Mejores prácticas y forma de aumentar la eficacia de la cooperación transfronteriza entre los Estados en lo que respecta a la aplicación de la legislación en la cuestión de las empresas y los derechos humanos”.

⁴³ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, presentado de conformidad con las resoluciones 17/4 y 35/7 del Consejo de Derechos Humanos el 18 de julio de 2017 (A/72/162). Su recomendación general consistía en que los Estados debían establecer mecanismos eficaces de reparación, tanto judiciales como extrajudiciales, y eliminar los obstáculos al acceso a esos mecanismos; los titulares de derechos debían ocupar un lugar central en el proceso de reparación, y había de prestarse una atención debida a sus diversas experiencias, en particular por lo que se refiere a la importancia capital de adoptar una perspectiva de género; debía aspirarse a la libertad con respecto al miedo a la victimización y a los ataques dirigidos contra defensores de los derechos humanos; y las labores de reparación debían ser eficaces, en cuanto al proceso en sí y a los resultados.

⁴⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas acerca del sexto período de sesiones del Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos. A/HRC/38/49.

a) Aunque la mayoría de los Estados disponen de ordenamientos jurídicos capaces de ocuparse de las infracciones empresariales, son muy diversos los enfoques que pueden adoptarse al respecto, como la imputación de responsabilidad penal; la falta de cumplimiento de la ley es una dificultad de primer orden;

b) La complicidad de las empresas es un concepto esencial para la imputación de responsabilidades; la mayoría de los Estados que reconocen la responsabilidad empresarial también reconocen la complicidad empresarial;

c) Los regímenes jurídicos aplicables al respeto de los derechos humanos por parte de las empresas no están por lo general concebidos desde la óptica de los derechos humanos, lo cual genera problemas, como ocurre con los resultados cuando las únicas sanciones aplicables (como una multa) tal vez no se ajusten a la gravedad del abuso o el daño provocado;

d) Los fiscales disponen de recursos limitados, algo que a menudo viene acompañado de una falta de voluntad política, a la hora de enjuiciar a empresas o representantes de empresas que toman parte en presuntos abusos contra los derechos humanos, y los recursos son todavía más escasos cuando el daño se ha infligido en otras jurisdicciones.

Más allá del ámbito de Naciones Unidas, en el ámbito europeo también se han destacado las carencias actuales que lastran la efectividad del acceso a la justicia en el marco de actividades empresariales, pudiéndose destacar dos textos fundamentales, el primero del Consejo de Europa y el segundo de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (UE). El Consejo de Europa aprobó en marzo de 2016 la recomendación CM/Rec(2016)3 sobre los derechos humanos y las empresas⁴⁵, que incluyó las medidas que deberían adoptar los Estados miembros para garantizar que todas las personas tengan acceso a una reparación efectiva.

Por su parte, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicó el informe “Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level: Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights” en 2017⁴⁶. En este texto se indicó la insuficiencia de los actuales Planes Nacionales de Actuación respecto del desarrollo del Tercer Pilar, afirmando que:

“The existing NAPs are still quite general with regard to implementing measures in the area of access to remedy. They could be further strengthened through more concrete steps to provide increased access to information and awareness raising, further operational activities to lower barriers to access to remedy, strengthening the scope and

⁴⁵ Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business.

⁴⁶ Informe disponible en: <https://fra.europa.eu/en/opinion/2017/business-human-rights>

activities of the NCPs, support to various grievance mechanisms and other actions from governments, businesses and civil society”.

De entre el conjunto de obstáculos señalados, cabe resaltar uno, particularmente presente en el caso Chevron y que se ha convertido en uno de los grandes temas de discusión al respecto del desarrollo del Tercer Pilar: la dificultad para presentar demandas por daños causados en el extranjero.

Se trata de una afirmación reiterada no solo por los informes de diversas instituciones sino también por la doctrina especializada, señalando con claridad que, en numerosas ocasiones, la única vía para que las víctimas puedan obtener reparación reside en la capacidad de los órganos jurisdiccionales del Estado de origen (aquel donde está domiciliada la empresa) para conocer de estas demandas⁴⁷. Esta falta de capacidad de los Estados puede derivar de los marcos normativos internos o de la práctica judicial, en aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*⁴⁸. De hecho esta práctica judicial es, junto con la utilización del velo corporativo, uno de los principales obstáculos que impiden el acceso de las víctimas a la justicia⁴⁹.

Como es bien sabido, la regulación de obligaciones extraterritoriales en un instrumento internacional es un tema que ha sido largamente desarrollado en el texto y la labor de comentario de los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los

⁴⁷ Skinner, G., et alt., «El Tercer Pilar: El acceso efectivo a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales», International Corporate Accountability Roundtable, icar, core y European Coalition for Corporate Justice, ECCJ, 2013.

⁴⁸ La doctrina del foro de no conveniencia ha sido definida como el poder discrecional de un tribunal para declinar la jurisdicción bajo el argumento de que el foro apropiado para el procedimiento está en el extranjero y que el foro nacional es inapropiado. En palabras del TJUE, citando jurisprudencia de la House of Lords, “*En virtud de la excepción de forum non conveniens, tal como se aplica en Derecho inglés, un órgano jurisdiccional nacional puede inhibirse en favor de un órgano jurisdiccional situado en otro Estado, que es asimismo competente, si considera que objetivamente éste es un foro más adecuado para conocer del litigio, es decir, que el litigio puede resolverse ante éste de forma más adecuada, habida cuenta de los intereses de las partes y de los objetivos de la justicia* (Sentencia de 1 de marzo de 2005 del TJUE, asunto 281/02) con cita de la sentencia de 1986 de la House of Lords, Spiliada Maritime Corporation/Cansulex Ltd., 1987, AC 460). La alegación de la no conveniencia del foro por parte de las ETN en los juicios con elementos de extraterritorialidad está teniendo como consecuencia el retraso o incluso la evasión de la responsabilidad jurídica por parte de estas empresas que evitan ser juzgadas en el lugar de residencia de las matrices (y del capital) para afirmar que el foro conveniente es el lugar donde se cometió la violación de los derechos humanos, lugar en el cual la filial correspondiente o ya no existe o no tiene capital. Para un recorrido por el nacimiento de esta doctrina se remite al clásico de Barret, E., “The doctrine of Forum non Conveniens”, 35 Cal. L. Rev. 380, 1947. De manera reciente es imprescindible la obra: Zamora, F.J., *Extraterritoriality: Outstanding Aspects*. In Zamora, F.J., et alt. (eds), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Geneva / Zurich. Schulthess Éditions Romandes. 2017.

⁴⁹ Deva, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations. Humanizing Business*. New York, Routledge, New York, 2012.

Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁰. Según estos Principios, la obligación extraterritorial de proteger también exige a los Estados la prevención y la reparación de los impactos negativos sobre los derechos humanos de las actividades de las empresas que estén vinculadas a su jurisdicción o territorio.

Diversos informes y observaciones generales de órganos del sistema de Naciones Unidas han señalado que los Estados deben tomar medidas para impedir que empresas vinculadas a su territorio o en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero, sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados de acogida en virtud del Pacto⁵¹. En concreto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya ha afirmado la existencia de obligaciones extraterritoriales específicas para los Estados respecto de actividades empresariales en diversas Observaciones Generales sobre, entre otros, los derechos a: agua⁵², seguridad social⁵³, condiciones justas y favorables de trabajo⁵⁴, etc. También el Comité para la eliminación de la discriminación racial ha instado a los Estados, en particular a Canadá a “adoptar las medidas legislativas o administrativas adecuadas para impedir los actos de las empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá que afecten negativamente el goce

⁵⁰ E/C.12/GC/24, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (General Comment No. 24 (2017): on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities). En este sentido, el Principio 25, considera que los Estados deben adoptar y aplicar efectivamente medidas para proteger los derechos en cada una de las siguientes circunstancias: cuando el daño o la amenaza de daño se origina u ocurre en su territorio; el actor no estatal tiene la nacionalidad del Estado en cuestión; en lo referente a empresas comerciales, cuando la empresa, la compañía matriz o la sociedad que ejerce el control, tiene su centro de actividad, está registrada o domiciliada, o tiene su sede principal de negocios o desarrolla actividades comerciales sustanciales en el Estado en cuestión; cuando hay un vínculo razonable entre el Estado en cuestión y la conducta que pretende regular, incluyendo cuando las actividades del actor no estatal son llevadas a cabo en el territorio de ese Estado; cuando cualquier conducta que menoscabe los derechos económicos, sociales y culturales constituya una violación de una norma imperativa del derecho internacional y cuando tal violación también constituya un crimen en el derecho internacional, los Estados deben ejercer jurisdicción universal sobre los responsables o transferirlos legalmente a una jurisdicción adecuada”.

⁵¹ Vid. mutatis mutandis sobre los derechos sociales: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2011/1, Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales, para. 5; y, del mismo Comité, E/C.12/GC/24, General Comment No. 24 (2017): on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities.

⁵² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2002/11, General Comment No. 15 (2002): The right to water.

⁵³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/19, General Comment No. 19 (2008): The right to social security, para. 54.

⁵⁴ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/23, General Comment No. 23 (2016): The right to just and favorable conditions of work, para. 70.

de los derechos de los indígenas de territorios situados fuera del Canadá”⁵⁵. Igualmente explícito fue el Comité respecto de Alemania, al señalar que “se alienta al Estado parte a que establezca claramente la expectativa de que todas las empresas comerciales domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción respetarán la normativa de los derechos humanos de conformidad con el Pacto en todas sus actividades. Se le alienta también a adoptar las medidas adecuadas para reforzar las vías de recurso habilitadas a fin de proteger a las víctimas de actividades de esas empresas comerciales en el extranjero”⁵⁶. Debe recordarse que, asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer fue claro al señalar que “los Estados partes son responsables de todos sus actos que afecten a los derechos humanos, independientemente de que las personas afectadas estén o no en su territorio”⁵⁷. Por otro lado, como ha señalado el Comité de Derechos del Niño, los Estados de acogida deben velar por que todas las empresas, incluidas las empresas transnacionales que operen dentro de sus fronteras, estén debidamente reguladas por un marco jurídico e institucional que garantice que sus actividades no afecten negativamente a los derechos del niño ni contribuyan o secunden violaciones de los derechos en jurisdicciones extranjeras⁵⁸. Además, es posible señalar la existencia de instrumentos de derechos humanos que ya integran obligaciones extraterritoriales. Por ejemplo, en el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵⁹ se hace referencia expresa a las obligaciones extraterritoriales.

Más allá de los textos señalados, el debate sobre la extraterritorialidad ha cobrado una especial relevancia por la actuación judicial, tanto en aplicación de la Alien Tort Statute (ATS) de Estados Unidos por su Tribunal Supremo como por la aplicación del Reglamento Bruselas I por distintos tribunales de Estados miembros de la Unión Europea. La confrontación de ambas líneas jurisprudenciales, que caminan en sentido inverso es interesante a efectos del posterior análisis

⁵⁵ Además, el Comité recomienda, en particular, “que el Estado Parte estudie la forma de responsabilizar a las empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá. El Comité pide al Estado Parte que en su próximo informe periódico incluya información sobre los efectos en los pueblos indígenas de las actividades en el extranjero de empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá y sobre las medidas adoptadas al respecto”. Vid. Comité para la eliminación de la discriminación racial, 70º período de sesiones 19 de febrero a 9 de marzo de 2007 (CERD/C/CAN/CO/18). Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del comité para la eliminación de la discriminación racial, Canadá.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/DEU/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Alemania, aprobadas por el Comité en su 106º período de sesiones (15 de octubre a 2 de noviembre de 2012).

⁵⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28. Proyecto de Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, para. 12.

⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/16, Observación general Nº 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, para. 42-45.

⁵⁹ Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

de lo sucedido en el caso Chevron y la extracción de conclusiones respecto de las buenas prácticas.

Comenzando por la Alien Tort Statute (ATS) de Estados Unidos, y como ha señalado el Profesor Zamora-Cabot, es posible afirmar que durante años esta norma ha sido utilizada para prevenir y reparar, desde una perspectiva civil, los daños causados tanto por individuos como por empresas fuera de EEUU, aun cuando no existiera una relación directa entre el crimen y los Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido cerrando el ámbito de aplicación de la norma con una serie de decisiones en la que destacan la conocida sentencia Kiobel⁶⁰ y la reciente sentencia Jesner⁶¹. Aunque se trata de sentencias complejas que hacen prever nuevas interpretaciones, es necesario concluir, siguiendo siempre a Zamora, que con esta última sentencia se afirma con claridad que las empresas extranjeras no puedan ser demandadas en base al ATS. Esto, en palabras del autor citado, sienta una doctrina “verdaderamente

⁶⁰ *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co* 133 S.Ct. 1659 (2013)

⁶¹ *Jesner et al. v. Arab Bank, PLC*. Argued October 11, 2017—Decided April 24, 2018. En el caso *Jesner*, el Tribunal ha ido más lejos, afirmando que: “The ATS was intended to promote harmony in international relations by ensuring foreign plaintiffs a remedy for international-law violations when the absence of such a remedy might provoke foreign nations to hold the United States accountable. But here, and in similar cases, the opposite is occurring. Petitioners are foreign nationals seeking millions of dollars in damages from a major Jordanian financial institution for injuries suffered in attacks by foreign terrorists in the Middle East. The only alleged connections to the United States are the CHIPS transactions in Arab Bank’s New York branch and a brief allegation about a charity in Texas. At a minimum, the relatively minor connection between the terrorist attacks and the alleged conduct in the United States illustrates the perils of extending the scope of ATS liability to foreign multinational corporations like ArabBank”. Before recognizing an ATS common-law action, federal courts must apply the two-part test announced in *Sosa*. The threshold question is whether a plaintiff can demonstrate that the alleged violation is “of a norm that is specific, universal, and obligatory.” *S.*, at 732. Assuming that such a norm can control, it must be determined whether allowing the case to proceed under the ATS is a proper exercise of judicial discretion or whether caution requires the political branches to grant specific authority before corporate liability can be imposed. *Id.*, at 732–733, and nn. 20–21. With regard to the first *Sosa* question, the Court need not resolve whether corporate liability is a question governed by international law or whether that law imposes liability on corporations, because, as shown by the parties’ opposing arguments, there is at least sufficient doubt on the point to turn to *Sosa*’s second question: whether the Judiciary must defer to Congress to determine in the first instance whether that universal norm has been recognized and, if so, whether it should be enforced in ATS suits.” (...) “For these reasons, judicial deference requires that any imposition of corporate liability on foreign corporations for violations of international law must be determined in the first instance by the political branches of the Government”. Para un análisis del caso *Kiobel* se remite a: Zamora, F.J., “Extraterritoriality: Outstanding Aspects” in Zamora, F.J., et al. (eds), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Geneva / Zurich 2017, Schulthess Éditions Romandes. En aquel artículo el autor, anticipándose de manera acertada a lo que iba a suceder con la sentencia *Jesner*, indicó que tras estas sentencias “han de buscarse alternativas para colmar el gran vacío que se ha originado”. Para un análisis del caso *Jesner* se remite a: Zamora, F.J., Marucho, M.C., “Never send to know... comentario crítico a la sentencia *Jesner v. Arab Bank*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”. *Papeles el tiempo de los derechos*. Nº32, 2018.

demoledora respecto del uso de los litigios internacionales para el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas de gruesas violaciones de los Derechos Humanos”

En sentido contrario, en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea es posible encontrar ejemplos de litigios transnacionales sobre Derechos Humanos relacionados con las actividades empresariales que utilizan como base el artículo 4 del Reglamento Bruselas I⁶² así como la interpretación que, respecto de este precepto (en realidad de su versión anterior, es decir, del artículo 2 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) ha realizado el Tribunal de Justicia de la UE⁶³.

La contraposición entre ambas dinámicas, la que tiende a cerrar la puerta a la posibilidad de depurar responsabilidades por daños causados en otros Estados y la que se orienta en sentido contrario es más evidente todavía si atendemos a las consideraciones que la Comisión Europea publicó en su informe respecto de la puesta en práctica de los Principios Rectores⁶⁴. En este documento, de 2016, la Comisión señaló que “The European Commission and EU Member States are significant players in the development of a comprehensive system ensuring effective remedy for business-related human rights abuses across the European Union”, poniendo como ejemplo tanto el Reglamento Bruselas I, para el acceso a los mecanismos de reparación, como el Roma II, respecto de la ley aplicable. Se volverá sobre el particular en la Parte III del presente informe.

Más allá de los obstáculos relativos al acceso a los tribunales del domicilio de la matriz y de las cuestiones relativas a la ley aplicable, es necesario enumerar otros, ya apuntados en los informes que hemos ido señalando. Los propios Principios Rectores señalan los siguientes:

⁶² En concreto el art. 4 del Reglamento Bruselas I establece lo siguiente: “1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. 2. A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro”.

⁶³ En este sentido, la sentencia de 1 de marzo de 2005 del TJUE (asunto 281/02) señala en sus considerandos 38 y siguientes que el respeto del principio de seguridad jurídica constituye uno de los objetivos del Convenio de Bruselas y que la aplicación de la teoría del *forum non conveniens*, el cual deja un amplio margen de apreciación al juez que conoce del asunto para decidir si un foro extranjero es más adecuado para resolver el fondo del litigio, puede afectar a la previsibilidad de las reglas de competencia establecidas en el Convenio de Bruselas y, por consiguiente, al principio de seguridad jurídica. Así, es posible afirmar que el art. 4 del Reglamento Bruselas I permite la persecución de responsabilidad extraterritorial siempre y cuando ésta se pueda imputar fehacientemente a la empresa matriz.

⁶⁴ Commission staff working document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights - State of Play, Brussels, 14.7.2015. SWD(2015) 144 final. Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/swd_2015_144_f1_staff_working_paper_en_v2_p1_818385.pdf

imposibilidad de acceder a los tribunales del Estado de origen, la infraprotección de los derechos humanos de ciertos grupos de personas, como los pueblos indígenas o los migrantes, o la inadecuación de los marcos normativos; entre los obstáculos procesales se señalan la inexistencia de vías para la reclamación conjunta o procedimientos de representación, la dificultad para conseguir información o representación letrada, los costos de los procesos, la falta de recursos públicos para asegurar la atención especializada o la posibilidad de la administración de justicia de llevar a cabo de manera adecuada las tareas de investigación en delitos contra los derechos humanos cometidos por empresas. Por su parte, el informe realizado por los profesores Skinner, McCorquodale y De Schutter en 2013⁶⁵ divide los obstáculos al acceso a la reparación en los siguientes diez grandes apartados: presentación de demandas por daños causados en el extranjero; la doctrina del *forum non conveniens*; la responsabilidad de las empresas por violaciones de los derechos humanos; la prescripción para la presentación de demandas; las inmunidades y las doctrinas de no justiciabilidad; la determinación del derecho aplicable; la actividad probatoria en las violaciones de los derechos humanos; el costo de los litigios transnacionales. La mayoría de estos obstáculos aparecen como veremos en el Caso Chevron.

A estos obstáculos del acceso a la reparación efectiva, en su vertiente concreta del acceso a la justicia, se suman otros especialmente relevantes en los últimos años: los acuerdos de inversión y su sistema de solución de controversias inversor-Estado (ISDS).

3. El uso de las normas de atracción y protección de la inversión extranjera como vía para garantizar la impunidad de las empresas transnacionales y obstaculizar el acceso a la justicia

Resumiendo lo señalado en el apartado anterior, es posible afirmar que la obligación de proteger los derechos humanos implica que los Estados deberán garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos y que se establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos⁶⁶. Además, también se ha señalado que toda violación de un derecho humano, independientemente del carácter público o privado de

⁶⁵ Skinner, G., et alt., «El Tercer Pilar: El acceso efectivo a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales», International Corporate Accountability Roundtable, icar, core y European Coalition for Corporate Justice, ECCJ, 2013.

⁶⁶ Observación General No. 31 al PIDCP, Naciones Unidas, Comité de derechos humanos, Observación General No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

quien la cometió, da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, lo cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de la víctima de dirigirse contra el autor⁶⁷.

Todas estas obligaciones implican, por tanto, que el acceso a los mecanismos judiciales para obtener la reparación debida debe garantizarse, sin discriminaciones y sin restricciones, algo que en ocasiones colisiona directamente con la utilización por parte de las empresas de los mecanismos de resolución de controversias entre inversores extranjeros y Estados.

Un tratado bilateral de inversión (TBI) puede definirse como un acuerdo entre dos Estados para instituir un marco estable que promueva y encuadre normativamente los flujos de inversión que se desarrollan entre ellos⁶⁸. Se trata, por tanto, de un convenio entre dos Estados cuyo objetivo es ofrecer al inversionista plenas garantías respecto a su inversión y al desarrollo de la actividad que la motivó, así como asegurarle su beneficio y la protección frente a una posible actuación del Estado receptor contraria a los principios establecidos en el acuerdo. Los TBI (denominados en también “acuerdos de protección y promoción de inversiones”) regulan dos diferentes tipos de mecanismos de resolución de controversias mediante el arbitraje. Por un lado, los acuerdos contienen los mecanismos de solución de controversias Estado-Estado, que se orientan a la solución de las disputas en la interpretación y aplicación de los acuerdos entre las partes que los firman y que se derivan, como último recurso, a un tribunal arbitral. Por otro lado, los acuerdos de inversión cuestionados incluyen mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado (los clásicos ISDS)⁶⁹.

Definiéndolo de manera sintética, podemos entender que el ISDS es un sistema que permite a los inversores extranjeros demandar a un Estado ante un tribunal privado de arbitraje y eludir el sistema judicial estatal. El inversor puede hacer uso de este sistema para proteger sus derechos de propiedad o los beneficios reales o previstos de su inversión frente a una amenaza a los mismos derivada bien de la aprobación de una norma estatal – relativa, por ejemplo, a la salud,

⁶⁷ Consejo Económico y Social, Comisión de los derechos humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity.

⁶⁸ Sobre esta cuestión se remite a, inter alia: Sornarajah, M., *The international Law of foreign investment*, Cambridge University Press, 2004; Vicente Blanco, D. J., “El conflicto histórico por el régimen de la inversión extranjera directa”, en Vicente Blanco, D. J., (Ed.) *La libertad del dinero*, Germania, Valencia, 2003; Dolzer, R. y Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties*, Nijhoff, Dordrecht, 1995; Eberhardt, P., “La protección de las inversiones en una encrucijada. La TTIP y el futuro del derecho global de las inversiones”, Friedrich-Ebert-Stiftung, Política Global y Desarrollo, Berlín, 2014.

⁶⁹ Sobre el concepto de ISDS se remite el análisis y la bibliografía señalada en: Guamán, A., *TTIP: el asalto de las multinacionales contra la democracia*, Akal, 2015; Guamán, A., Jiménez, P., *Los acuerdos comerciales como estrategia de dominación del capital. Las amenazas del CETA y del TTIP*, editorial Pol-len, 2016; y Guamán, A., Conesa, J., *El CETA al descubierto: las consecuencias del Tratado entre la UE y Canadá sobre los derechos sociales*, Bomarzo, Albacete, 2016.

medio ambiente o derechos laborales–, bien de la ejecución de una política social que pueda aminorar los beneficios de la inversión extranjera. Las características fundamentales del mecanismo, en su configuración habitual, serían las siguientes: ausencia de intervención del Estado de origen del inversor, que no tiene que autorizar o apoyar la demanda contra el Estado de recepción; libre elección del inversor entre demandar al Estado por el procedimiento judicial ordinario, como debe hacer cualquier empresa nacional, o acudir directamente al tribunal de arbitraje internacional; reconocimiento de un acceso exclusivo a los inversores extranjeros, que excluye a las empresas nacionales; falta de recursos o de procedimientos de revisión de las decisiones adoptadas por los árbitros; composición ad hoc de los tribunales de arbitraje para cada caso; confidencialidad del proceso y de los resultados; extensión del impacto del mecanismo más allá del tradicional control de las expropiaciones o nacionalizaciones y su afectación, también, sobre el conjunto de decisiones o normas que puedan adoptar los poderes públicos⁷⁰.

Según ha afirmado la UNCTAD en 2018, los acuerdos de inversión se encuentran en el punto de mira político⁷¹ y la reforma del ISDS es uno de los grandes debates de la actualidad. El elevado número de demandas⁷², las críticas respecto de la parcialidad de los árbitros, la opacidad del

⁷⁰ Krajewski, M., *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 2015. Disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf>; Eberhardt, P., *Investment Protection at a Crossroads. The TTIP and the Future of International Investment Law*. Friedrich Eber Stiftung, 2014. <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf>.

⁷¹ Como indica el informe sobre inversiones en el mundo de 2018: “En 2017, 65 países y economías adoptaron al menos 126 políticas de inversión, de las cuales el 84% eran favorables a los inversores. Liberalizaron las condiciones de entrada en una serie de industrias, como el transporte, la energía y la industria manufacturera. También promovieron y facilitaron las inversiones simplificando los procedimientos administrativos, ofreciendo incentivos y estableciendo nuevas zonas económicas especiales (ZEE). Recientemente, un número cada vez mayor de países ha adoptado una postura más crítica hacia la inversión extranjera. Las nuevas restricciones o regulaciones de la inversión en 2017 se debieron principalmente a preocupaciones por la seguridad nacional y la propiedad extranjera de la tierra y los recursos naturales. Algunos países han intensificado el control de las absorciones desde el extranjero, en particular de activos estratégicos y empresas tecnológicas. Varios países están estudiando la posibilidad de endurecer los procedimientos de análisis y selección, o cribado, de las inversiones. La elaboración de tratados de inversión ha llegado a un punto de inflexión. El número de nuevos acuerdos internacionales de inversión (AII) concertados en 2017 (18) fue el más bajo desde 1983. Además, por primera vez, el número de rescisiones efectivas de tratados superó al número de nuevos AII. Por el contrario, las negociaciones de acuerdos megaregionales mantuvieron su impulso, especialmente en África y Asia”. Aun a pesar de esta nueva “postura crítica”, el número total de AII concertados se elevó a 3.322 (2.946 TBI y 376 TDI), de los cuales 2.638 estaban en vigor a finales del 2017.

⁷² Según los datos de la UNCTAD, en 2017 se iniciaron al menos 65 nuevos casos de SCIE basados en tratados, con lo que el número total de casos conocidos asciende a 855. A finales de 2017, los inversores habían ganado alrededor del 60% de todos los casos en los que se llegó a una decisión sobre el fondo de la cuestión. Vid. UNCTAD,

proceso o la utilización contra medidas gubernamentales como la revocación de licencias, las expropiaciones directas o indirectas, las acusaciones de quiebra o ruptura unilateral de un contrato de inversión o las medidas económicas son críticas las más recurrentes⁷³.

La relación entre este tipo de acuerdos con las obligaciones de los Estados de garantizar los Derechos Humanos y el acceso a la reparación efectiva con mecanismos judiciales eficaces es sin duda compleja. Como señaló el Profesor De Schutter en los Principios Rectores sobre el informe de impacto en los derechos humanos de los tratados de comercio e inversión, redactados por el profesor Olivier De Schutter en el año 2011⁷⁴:

- la obligación de respeto debe impedir que un Estado suscriba un acuerdo de comercio e inversión que le obligue a reducir la protección que otorga a determinados derechos, como suele suceder con los derechos a la propiedad intelectual, a la salud (con la cuestión de los organismos genéticamente modificados) o los derechos de libertad sindical y negociación colectiva;
- la obligación de proteger exige que los Estados no suscriban tratados que los incapaciten o que aminoren su capacidad para controlar y en su caso enjuiciar los comportamientos de los actores privados que vulneren los derechos humanos, lo que suele ocurrir cuando se suscriben acuerdos que integran los mecanismos de resolución de controversias inversor-estado (ISDS)
- la obligación de realizar implica la imposibilidad de que un Estado acepte una serie de obligaciones que le imposibiliten para el adecuado desarrollo de los derechos humanos; imposibilidad que se deriva, por ejemplo, de los mecanismos de la liberalización de servicios que incorporan la llamada lista negativa o las cláusulas de no reversibilidad, que impiden revertir las políticas de liberalización y desregulación.

La existencia de incompatibilidades entre las normas de Derechos Humanos y los acuerdos de comercio e inversión ha encontrado respuesta en diversos Comentarios Generales, redactados en el marco del desarrollo de diversos instrumentos de derechos humanos del sistema de

Informe sobre las inversiones en el mundo, 2018. Vid. igualmente <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000>

⁷³ Sobre esta cuestión se deriva al debate que se está produciendo en el ámbito de la UNCITRAL sobre la reforma del ISDS. Para un resumen del estado del mismo es útil la lectura del “Draft report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session”, de noviembre de 2018 (A/CN.9/964) y en general los documentos del Working Group III, dedicado a la cuestión, y disponibles en: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

⁷⁴ Asamblea General, A/HRC/19/59/Add.5, Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter, Addendum, Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements, para. 1.

Naciones Unidas. Como afirmación marco, los diversos informes destacan que los acuerdos de liberalización del comercio no deben restringir ni menoscabar la capacidad de un país de garantizar el pleno ejercicio de los derechos (al agua, a la salud, a la seguridad social)⁷⁵.

En esta línea, son imprescindibles los Principios Rectores redactados por el profesor Olivier De Schutter de 2011, citados más arriba, donde se indica que

“Los acuerdos de liberalización del comercio no deben restringir ni menoscabar la capacidad de un país de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos y que los Estados deben asegurar que la conclusión de cualquier acuerdo de comercio o inversión no impone obligaciones inconsistentes con sus obligaciones establecidas en tratados internacionales pre-existentes, incluyendo aquellos relativos a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”. (traducción propia)

Por su parte, el Relator De Zayas ha subrayado que “la gran mayoría de acuerdos de comercio y la totalidad de los acuerdos de inversión suponen una limitación respecto de la capacidad de los Estados firmantes de respetar, proteger y realizar los derechos humanos”⁷⁶. Entre otras cuestiones, y enfocándose en los mecanismos de ISDS, De Zayas identificó como principales problemas los siguientes: la garantía a los inversores extranjeros de más derechos que a los inversores nacionales, con lo cual se establecen condiciones de competencia desigual; la falta de transparencia de los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados y las preocupaciones por la independencia y la imparcialidad de los árbitros; el conocido como efecto “Chilling Effect” que se deriva del temor a una posible sentencias condenatoria y que lleva a los Estados a abandonar medidas para proteger la salud pública y a reducir las exigencias de las normas ambientales, pudiendo disuadirles también en el futuro de tomar medidas para respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, con el consiguiente efecto negativo en el orden internacional democrático y equitativo. El Relator prestó una especial atención a los efectos de disuasión o la capacidad de incidencia que tienen estos mecanismos en la adopción de normas estatales. En concreto, pone como ejemplo el estudio de 2003 de la Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos donde

⁷⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2002/11, General Comment No. 15 (2002): The right to water, paras 35 y 36. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/19, General Comment No. 19 (2008): The right to social security, paras. 54 y 57-58.

⁷⁶ Cuarto informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 69/178. A/70/285, 5 de agosto de 2015.

se dio cuenta de diversos ejemplos del efecto disuasivo, en particular del caso Ethyl Corporation v. Canadá⁷⁷.

La incompatibilidad de estos efectos con el derecho internacional también ha sido señalada por De Zayas en su informe de 2017. Indica el Relator recordando el artículo del Artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas que: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Este artículo implica, en la acertada opinión de Zayas, que “los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales y los acuerdos de inversión que contienen disposiciones que estén en conflicto con la Carta, deben revisarse o revocarse, y deben suprimirse las disposiciones incompatibles con arreglo a la doctrina de la divisibilidad (severability)”. Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también ofrece diversos apoyos para solventar los casos de posible incompatibilidad, que son señalados por el Relator, como el “pacta sunt servanda”, consagrada en el artículo 26, que impide que un tratado posterior pueda considerarse legítimo si impide el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud de los tratados en vigor, a menos que las partes convengan expresamente en modificar los tratados anteriores. Continúa el relator señalando que “De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta, los tratados posteriores deben en todo caso ajustarse a la Carta y no son válidos si obstaculizan la realización de sus propósitos y principios, incluidas sus disposiciones sobre derechos humanos”⁷⁸.

La preocupación por la compatibilidad entre los tratados de inversión y la obligación de garantizar los Derechos Humanos frente a las violaciones cometidas por empresas se ha plasmado también en los trabajos recientes del Grupo de Trabajo de expertos sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas del Consejo de Derechos Humanos. En concreto, su informe de 18 de julio de 2017 señaló que la reparación efectiva debe realizarse desde el enfoque de “todos los caminos hacia la reparación”. Este enfoque implica que las reparaciones de los abusos contra los derechos humanos relacionados con las empresas deberían situarse en diversos entornos. Según el informe señalado, los acuerdos de inversión y su sistema de solución de controversias son un claro ejemplo que

⁷⁷ Este informe de 2003 se titula “Los derechos humanos, el comercio y las inversiones. Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos”. E/CN.4/Sub.2/2003/9. 2 de julio de 2003

⁷⁸ Cuarto informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 69/178. A/70/285

requiere cambios para garantizar que los derechos de los inversionistas no prevalezcan sobre los derechos humanos⁷⁹.

En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión también ha resaltado la necesidad de mantener una coherencia entre el conjunto de políticas de la Unión. En este sentido, en el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019), se indica que la UE y sus Estados miembros se comprometen a emprender acciones para impulsar la cuestión de las empresas y los derechos humanos en el marco de los Principios Rectores, asegurando entre otras actuaciones que:

“The EU will also ensure a comprehensive human rights approach to preventing and addressing conflicts and crises, and further mainstream human rights in the external aspects of EU policies in order to ensure better policy coherence, in particular in the fields of migration, trade and investment, development cooperation and counter terrorism⁸⁰.

Entre las acciones que se orientan hacia esta compatibilidad entre la promoción del comercio y los derechos humanos se incluye el desarrollo de la obligación de realizar informes de impacto, inclusión de previsiones específicas en acuerdos de inversión con terceros Estados, con mención específica de los Principios Rectores, etc.

Por su parte, el Parlamento Europeo ha señalado en reiteradas ocasiones la necesidad de garantizar la compatibilidad entre la política comercial y las garantías de los Derechos Humanos, en este sentido, el conocido como Informe Corrao⁸¹ indicó que, el Parlamento:

“Recuerda la necesidad de evaluar los posibles impactos en los derechos humanos de los acuerdos de comercio e inversión, así como de incorporar, sobre esta base, todas las cláusulas y salvaguardas necesarias en materia de derechos humanos que pueden mitigar y afrontar los riesgos identificados de impactos en los derechos humanos; pide a la Comisión que adopte todas las medidas necesarias y posibles para actuar de forma global y coherente, y pide firmemente la inclusión sistemática, en los acuerdos de comercio e inversión, de disposiciones relativas a la responsabilidad de las empresas en

⁷⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, presentado de conformidad con las resoluciones 17/4 y 35/7 del Consejo de Derechos Humanos el 18 de julio de 2017 (A/72/162).

⁸⁰ En la misma línea, en el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019), de 20 de junio de 2015, se indica que la UE y sus Estados miembros se comprometen a emprender acciones para impulsar la cuestión de las empresas y los derechos humanos en el marco de los Principios Rectores (Acción 18a).

⁸¹ Informe sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países de 19 de julio de 2016 (2015/2315(INI)).

caso de violación de los derechos humanos, que deberán aplicarse a escala nacional, y de las referencias a los principios y directrices reconocidos a escala internacional”

Posteriormente, en la fundamental Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP)⁸², se incluyó la siguiente afirmación:

“Considerando que existe una asimetría entre los derechos y las obligaciones de las empresas transnacionales, sobre todo en los tratados de protección de la inversión, en los que se conceden a los inversores amplios derechos, como el «trato justo y equitativo», que no siempre tienen el contrapeso de obligaciones vinculantes y ejecutorias en términos de respeto de los derechos humanos y la legislación laboral y medioambiental a lo largo de toda la cadena de suministro”.

Entre otras cuestiones, el Parlamento reiteró en esta Resolución la primacía de los derechos humanos en el Derecho internacional y la necesidad de consolidarla:

“Mediante un sistema inequívoco por el que las obligaciones de derechos humanos prevalezcan efectivamente sobre otros tipos de obligaciones en conflicto y se dispongan mecanismos adecuados para hacer cumplir la legislación en materia de derechos humanos, de control y de reparación, junto con un sistema adecuado de sanciones y compensaciones en caso de violaciones”.

Se trata, según el Parlamento, de una cuestión esencial para superar los desequilibrios de la globalización y para dar prioridad a los derechos de las personas y al planeta. El ejemplo paradigmático que demuestra lo acertado de esta afirmación del Parlamento reside en el caso Chevron, a cuyo contenido se destina la Parte II de este informe.

⁸² Resolución disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0382+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>

PARTE II. El caso Chevron: paradigma de la violación de derechos humanos y ambientales y de la impunidad corporativa

Desde el año 1962 y durante casi 30 años, hasta 1992, la empresa petrolera Chevron, entonces Texaco, extrajo petróleo de la Amazonía ecuatoriana. Aquellas operaciones se caracterizaron por una doble realidad: fueron extremadamente rentables para la empresa y generaron una contaminación sin precedentes, de suelos, aguas y aire, que provocaron y siguen provocando muerte, enfermedades y desplazamientos, devastando casi medio millón de hectáreas de selva amazónica.

Rentabilidad y catástrofe estuvieron vinculadas de manera inextricable. La empresa logró rebajar el coste de producción del barril hasta límites inéditos a base de disminuir los costes sobre el cuidado ambiental y de provocar lo que se ha llegado a denominar el “Chernobyl ecuatoriano”, una catástrofe mayor que la del Exxon Valdés⁸³. Como se señalará en el presente informe, el poder de la empresa y la influencia de la misma sobre las autoridades, que entregaron la Selva a un saqueo conocido y permitido, condenaron a las y los habitantes de la Amazonía a décadas de destrucción de su territorio y de su vida.

El caso Chevron refleja la historia de la “catástrofe civilizatoria”⁸⁴, es sin duda el paradigma de la captura corporativa y de la impunidad con la que las empresas transnacionales saquean el planeta y la vida, pero también, y ante todo, es una historia de lucha y de esperanza. Los 26 años de batalla de las comunidades indígenas y campesinas contra la transnacional, en una batalla tan desigual como compleja son el testimonio de una lucha constante, que no solo reivindica justicia y reparación sino que se ha convertido en el emblema de la denuncia del patrón energético que mueve al mundo⁸⁵ y en el estandarte de las luchas contra la impunidad de las empresas transnacionales⁸⁶.

⁸³ Es importante comparar ambos casos porque, como ha señalado la doctrina, la contaminación en la Amazonía fue mayor pero los daños no han recibido ni reparación ni indemnización, algo que sí ocurrió respecto del vertido en Alaska. Sobre esta cuestión, para un análisis general de la realidad de Chevron como entidad y sus actividades se remite a la obra: Ceceña, A.E., Ornelas, R. (Coords.) *Chevron. Paradigma de la catástrofe civilizatoria*, Siglo XXI, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2017.

⁸⁴ Ceceña, A.E., “Chevron: la territorialidad capitalista en el límite”, en Ceceña, A.E., Ornelas, R. (Coords.) *Chevron. Paradigma de la catástrofe civilizatoria*, op. cit.

⁸⁵ En este sentido vid. Ramírez, S., “La disputa legal por la Amazonía ecuatoriana”, en Ceceña, A.E., Ornelas, R. (Coords.) *Chevron. Paradigma de la catástrofe civilizatoria*, op. cit.

⁸⁶ En palabras de uno de los autores claves para entender la cuestión, el profesor Antoni Pigrau: “This lawsuit perfectly illustrates the conversion of the whole world into a single area of dispute, with ramifications in the United States, Ecuador, the Netherlands, Argentina, Canada and Brazil; the limitations of the current international legal order to limit the actions of big transnational companies; and finally the enormous inequality of means between

El presente informe se centra en el aspecto jurídico de esta lucha por la Amazonía y por la vida, un recorrido largo complicado. Las demandas de las víctimas contra la transnacional han dado lugar a procesos judiciales en distintas jurisdicciones nacionales, internacionales y foros regionales. El contra-ataque de Chevron ha conseguido llevar a las víctimas ante la justicia de Estados Unidos y al Estado ante varios procedimientos de arbitraje para la resolución controversias inversor-Estado. Hoy, 26 años después de la primera demanda contra Chevron, con una condena contra la empresa afirmada en sentencia firme, las víctimas siguen sin reparación y la empresa continua impune. En cambio, el Estado ecuatoriano tienen sobre sus hombros de un fallo arbitral millonario en su contra y a favor de Chevron. Mientras toda esta batalla jurídica ocurre, la vida de las víctimas y una parte selva ecuatoriana continúa inundada de residuos tóxicos, unos desechos altamente contaminantes que, cabe señalarlo una vez más, fueron voluntariamente vertidos por la empresa a lo largo de sus casi 30 años (de 1964 a 1993) de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales del Ecuador.

Este es el relato de un caso sin precedentes y de una complejidad extrema. Enfrenta por un lado a la Justicia, entendida como el resultado de un debido proceso ante el poder judicial de un Estado soberano que aplica la legislación vigente, que respeta la pirámide normativa y los instrumentos internacionales de derechos humanos; contra, por otro lado, la Injusticia, entendida como el resultado de la aplicación de la *Lex Mercatoria* en procesos discriminatorios ante paneles arbitrales que utilizan compromisos contractuales, obtenidos mediante la captura corporativa de la voluntad política, para permitir la impunidad de quien cometió un crimen, probado y evidente, contra el ambiente y la vida.

1. Catástrofe e impunidad: la historia del caso Chevron.⁸⁷

Para entender el caso Chevron es necesario conocer la magnitud de algunos hitos de esta historia de catástrofe e impunidad. Se explica, en primer lugar, las causas y consecuencias de un desastre humano y ambiental: las características que hacían que el proceso extractivo de la petrolera Chevron (en ese entonces, Texaco) sea un atentado contaminador pero rentable. En segundo lugar, se repasa la historia del proceso judicial de las víctimas contra Chevron, aportando datos precisos para permitir la comprensión de los factores que hacen posible la impunidad de las empresas transnacionales cuando se trata de responder por violaciones de derechos humanos cometidas en economías de la periferia.

parties and the determination of Chevron, whatever the price, to take all necessary measures not to lose a lawsuit that is already iconic". Vid. Pigrau, A., "The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization", Revista catalana de dret ambiental, Vol. V Núm. 1 (2014): 1 – 43.

⁸⁷ Capítulo redactado por Julio Prieto, abogado.

1.1. La catástrofe: crónica de un crimen permitido.

Más de 30.000 habitantes de la Amazonía ecuatoriana mantienen una batalla judicial desde hace 25 años en contra de Chevron Corporation, una de las corporaciones extractivas más grandes, ricas e influyentes del mundo⁸⁸. Chevron mantiene operaciones substanciales en 31 países alrededor del mundo y tuvo ingresos netos 9.2 billones de dólares en el 2017⁸⁹. Frente a este gigante se han situado agricultores/as e indígenas (pertenecientes a 5 nacionalidades) organizados en la UDAPT⁹⁰.

Los hechos que motivan este enfrentamiento se remontan a la década de los 60. El 5 de febrero de 1964 la Junta Militar que gobernaba el Ecuador entregó en concesión una extensión de aproximadamente un millón y medio de hectáreas al consorcio Texaco-Gulf en la Amazonía Ecuatoriana. Aunque los militares que otorgaron esta concesión fueron degradados y enjuiciados,⁹¹ la concesión se mantuvo. Si bien el área fue reducida, dejó a Texaco una superficie que superó las 400 mil hectáreas, comprendidas dentro de las provincias de Orellana y Sucumbíos, Nororiente de la Región Amazónica del Ecuador.

Con la retirada de Gulf, el Consorcio quedó finalmente compuesto por Texaco y la empresa petrolera ecuatoriana (CEPE). En el mismo contrato de concesión y en los sucesivos acuerdos que lo modificaban, se estableció que la empresa operadora, encargada de realizar toda la planificación técnica y el trabajo de campo era la empresa Texaco (Texaco Inc. operaba en Ecuador mediante su subsidiaria, Texpet, por lo que, para fines prácticos, en este documento significan lo mismo). Esta situación se mantuvo inmutable, dejando a Texaco como única y exclusiva empresa operadora de toda el área adjudicada durante toda la duración del consorcio, hasta junio de 1990. Así, la empresa Texaco Petroleum Company (que en 2001 fue absorbida por una fusión con Chevron Corp.) operó de manera exclusiva, desde 1964 hasta 1990,

⁸⁸ Para una visión general de la realidad de Chevron, bajo la caracterización como “empresa más contaminante del planeta” se remite a la obra ya citada de Ceceña, A.E., Ornelas, R. (Coords.) *Chevron. Paradigma de la catástrofe civilizatoria*, op. cit. y a la amplia bibliografía que recoge.

⁸⁹ Ver el Reporte Anual de Chevron (2017) en <https://www.chevron.com/-/media/chevron/annual-report/2017/2017-Annual-Report.pdf>

⁹⁰ La Unión de Afectados por Chevron-Texaco (UDAPT) es una organización conformada por los pueblos Siona, Siekopai, Kofanes, Kichwas, Shuar, Waorani y por docenas de comunidades de colonos campesinos, afectados por la contaminación de la transnacional Chevron, antes Texaco. Toda la información sobre la UDAPT puede encontrarse en <http://texacotoxico.net/>.

⁹¹ Efrén Áviles Pino, Miembro de la Academia Nacional de Historia del Ecuador, nos recuerda que “Poco tiempo después, la Asamblea Nacional Constituyente que se instaló convocada por el Sr. Yerovi declaró a los ex dictadores traidores a la Patria, los borró del escalafón militar, les quitó los derechos de ciudadanía y ordenó que la Corte Suprema de Justicia los enjuiciara.” Contrastar en www.encyclopediadelecuador.com

realizando labores de exploración y explotación de hidrocarburos en bosques amazónicos habitados por distintas comunidades indígenas ecuatorianas.⁹² Durante este tiempo, Texaco utilizó técnicas y tecnología obsoletas pero que hacían más rentable la producción de petróleo.

Merece la pena señalar algunos ejemplos de esta total ausencia de respeto por el ambiente, la Selva y la vida. Tras la fase de exploración, en la que utilizaron toneladas de explosivos y centenas de perforaciones rudimentarias, la compañía Texaco perforó más de 350 pozos extractores. Durante la perforación de cada uno de estos pozos se producen desechos tóxicos, conocidos como lodos de perforación, que son una mezcla de distintos productos químicos lubricantes para la broca de los taladros que se utilizan para perforar los pozos. Esta mezcla es hecha en base a varios metales pesados y otros productos tóxicos o carcinogénicos, como el Cromo VI. Debido a su conocida toxicidad, los lodos de perforación deben ser depositados en contenedores adecuados y tratados responsablemente. En lugar de cumplir con esta medida, Texaco, excavó cerca de 1000 agujeros en el suelo, a los que llamó "piscinas". En estas fosas expuestas a cielo abierto depositó los lodos de perforación, sin ningún tipo de recubrimiento que impida la filtración, ni protección que impida derrames.

Posteriormente, en la etapa de producción de cada pozo y para evitar más gastos, las mismas piscinas eran reutilizadas para depositar las aguas de formación y otros residuos peligrosos. Así, estas fosas, cavadas en el suelo por la compañía Texaco, le significaron un significativo ahorro al utilizarlas como "piscinas" en lugar de recubrirlas con geomembranas para evitar filtraciones, o utilizar tanques de acero, que hubieran sido apropiados. La agresión contra la naturaleza y los pueblos ecuatorianos no termina ahí. A pesar de prohibiciones legales⁹³ y contractuales⁹⁴, todo el contenido de las piscinas era vertido a los ríos y esteros de la zona. Texaco se limitaba a tratar el agua mediante un proceso de decantación, que es un proceso natural y gratuito que permite separar los diferentes fluidos según su peso antes de descargar su contenido en los acuíferos locales. Para esto Texaco instaló en cada piscina un rudimentario sistema de drenaje

⁹² La zona se encontraba habitada por las nacionalidades Secoya, Waorani, Shuar, Quichua, Cofán y Tetete. El pueblo Cofán ha pasado de tener más de 5 mil habitantes a menos de 800, que fueron desplazados de sus tierras, mientras que el pueblo Tetete fue exterminado por completo. Para un recorrido más extenso sobre la magnitud de los vertidos se remite a la obra ya citada de Ceceña, A.E., Ornelas, R. (Coords.) *Chevron. Paradigma de la catástrofe civilizatoria*, op. cit., y en particular a la bibliografía del capítulo de Sandy E. Ramírez.

⁹³ Por ejemplo, el artículo 12 del Código de Salud, vigente desde 1971, disponía que "Ninguna persona podrá eliminar hacia el aire, el suelo, o las aguas, los residuos sólidos, líquidos o gaseosos, sin previo tratamiento que los convierta en inofensivos para la salud". Véase también el artículo 22 de la Ley de Aguas, vigente desde 1972, que estableció: "Prohíbese toda contaminación de las aguas que afecte la salud humana o al desarrollo de la flora y fauna".

⁹⁴ Por cláusula contractual se mandaba a la operadora a explotar "la concesión empleando maquinaria adecuadas y eficientes para el objeto"

denominado “cuello de ganso”, que era utilizado sistemáticamente para conducir el contenido de las fosas en dirección al río más cercano.

Los abogados de Chevron, que ejercieron su defensa durante primera y segunda instancia en el juicio en Ecuador, argumentaron que Texaco cumplía perfectamente con la Ley ya que sus descargas seguían los parámetros de la legislación especializada. Lo que debe quedar claro es que, según su tesis, las prohibiciones de contaminar el agua no eran aplicables porque no habían sido desarrolladas mediante reglamentos.

Aunque Texaco conocía los efectos nocivos de sus actividades⁹⁵ y disponía de técnicas y tecnología que hubiera evitado, o al menos disminuido considerablemente los daños ocasionados por el vertimiento de estos contaminantes al ambiente,⁹⁶ éstas nunca fueron implementadas mientras trabajó en el Ecuador.⁹⁷ Mientras las leyes del Ecuador demandaban la utilización de prácticas y tecnologías más modernas y eficientes,⁹⁸ Texaco empleaba las practicas más rentables. Tres dictaduras y 14 presidentes elegidos democráticamente desfilaron en Ecuador, pero su relación con Texaco (ahora Chevron) fue siempre permisiva y sumisa.

El área destrozada por Texaco se caracterizaba por tener la más alta biodiversidad y abundantes recursos para sus habitantes, hoy en día estos recursos han desaparecido o se encuentran contaminados con hidrocarburos debido a la contaminación del agua y el suelo, amenazando el derecho a la alimentación⁹⁹ y a la salud de sus habitantes¹⁰⁰. Como han indicado los análisis

⁹⁵ En 1962 T. Brink, técnico de Texaco Inc., escribió acerca de los riesgos del agua de formación en un libro titulado *Principles of Oil and Gas Industry*, publicado por el American Petroleum Institute. En este libro se advierte sobre los peligros de verter el agua de formación sobre fuentes de agua para consumo humano, tal cual como lo hizo Texaco en Ecuador.

⁹⁶ Ya en el año 1974 la compañía Texaco se encontraba mejorando varias patentes para equipos de reinyección, que en caso de haber sido utilizadas en Ecuador hubieran evitado el vertimiento de 16 mil millones de galones de agua de formación en los ríos de la Amazonía ecuatoriana.

⁹⁷ Los primeros equipos de reinyección llegaron al Ecuador en 1998, es decir, algunos años después de que Texaco abandonó el país. Antes de esto, el sistema diseñado y empleado por Texaco causaba que toda el agua de formación fuera vertida en los ríos.

⁹⁸ La Ley de Hidrocarburos (DS 2967 R.O. 711 del 15 de noviembre de 1978) establecía en el Artículo 3 que “Los contratistas están obligados a: e) emplear maquinaria moderna y eficiente” y aplicar todas las “medidas necesarias para la protección de la flora y fauna” y demás recursos naturales y “evitar la contaminación”. De igual forma el contrato de Concesión de Texaco de 1973 establecía en su Clausula 40 que “Los contratistas emplearán maquinaria moderna y eficiente, así como aplicarán las técnicas y métodos más apropiados en la realización de sus trabajos [...]”. Aun a pesar de la existencia de esta ley, la realidad del momento demostró su inaplicación derivada tanto de la falta de desarrollo normativo como de una permanente subordinación de las autoridades y los técnicos que debían aplicarla ante la “experiencia de Chevron”. Sobre el particular vid., en extenso: Fontaine, G., (Coord.) *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador. 2. Las apuestas*, Flacso, Quito, 2004.

⁹⁹ El derecho a la alimentación y el modo de vida de los afectados fue dramáticamente impactado por las actividades de responsabilidad de Chevron. Las gentes que se alimentaban de lo que la selva les proveía, mediante

realizados por los propios expertos de Chevron en el área operada por Texaco, existe en los suelos altos resultados de TPHs¹⁰¹, lo cual demuestra la presencia generalizada de hidrocarburos. Así mismo se observa otros elementos carcinogénicos, como el benceno, tolueno, HAPs (Hidrocarburos aromáticos policíclicos)¹⁰² y metales pesados y/o agentes anticorrosivos como Cromo VI, o mercurio¹⁰³. Ha quedado establecido, sin lugar a duda, que la presencia de estos elementos en las zonas operadas por Chevron (antes Texaco) tiene su origen en las actividades de explotación petrolera realizadas por esta empresa.

En cuanto a la contaminación del agua superficial existe la revelación del representante legal de la empresa Texaco (ahora Chevron), quien mediante carta pública confesó haber vertido más de 16 mil millones de galones de agua de formación en los ríos de la Amazonía.¹⁰⁴ Pero esto no es todo, porque además existe contaminación de las fuentes de agua subterránea, demostrada con la presencia de TPHs y otros elementos tóxicos, provenientes de filtraciones por falta de recubrimiento en las fosas en las que Texaco depositó y posteriormente enterró los lodos de perforación y otros desechos. Todos estos tóxicos están presentes en el ambiente hasta el día de hoy, provocando afecciones dérmicas, infecciones vaginales, intestinales y otros problemas en el sistema respiratorio, en el sistema reproductivo, circulatorio, y múltiples tipos de cáncer (garganta, estómago, riñones, piel, cerebro) que han mermado a sus habitantes.¹⁰⁵

la recolección, caza y pesca, se vieron de repente desprovistos de su fuente de alimentación, que escapaba por los ruidos y la contaminación. Así pasaron de no tener necesidades a verse obligados a trabajar para poder tener algo de dinero con qué comprar comida e intentar satisfacer sus nuevas necesidades.

¹⁰⁰ El derecho humano a la salud puede ser vulnerado por los daños ambientales. Existe un aumento en la incidencia de cáncer debido a la exposición de la gente y de otros seres vivos al petróleo y a otros elementos contaminantes utilizados para su explotación. Numerosos estudios demuestran una relación de causa a efecto entre la exposición al petróleo y el aumento de cáncer. Esto concuerda con el testimonio de docenas de personas que coinciden en narrar sus padecimientos a causa de la contaminación.

¹⁰¹ TPHs son las siglas en inglés para Hidrocarburos Totales de Petróleo, que sirve para medir la presencia de hidrocarburos.

¹⁰² Los HAPs son compuestos orgánicos que se encuentran en el petróleo, el carbón y el alquitrán, que en algunos casos son considerados carcinogénicos.

¹⁰³ Se trata de elementos reconocidos como carcinogénicos por distintas agencias de salud gubernamentales e internacionales, como la Agencia para Sustancias Tóxicas y Registro de Enfermedades de EEUU, la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, la Organización Mundial de la Salud, etc. Estos elementos son los mismos que fueron utilizados en la mezcla de los lodos de perforación.

¹⁰⁴ Carta abierta del Dr. Rodrigo Pérez Pallares, representante legal de Texaco Petroleum Company, al director de la revista Vistazo, de fecha 5 de marzo de 2007. Publicada en El Comercio el 16 de Marzo de 2007.

¹⁰⁵ Los efectos en la salud de los pobladores amazónicos expuestos a contaminación por hidrocarburos han sido documentados en el informe YanaCuri, que comparó la salud de poblaciones cercanías de pozos y estaciones de producción con la salud de personas que no estaban expuestas a las mismas condiciones; del mismo modo, el estudio Cáncer en la Amazonía Ecuatoriana, también presenta una comparación entre poblaciones expuestas y las que no lo son. Estos estudios demuestran tasas de cáncer mucho más elevadas que en otras regiones del Ecuador

Por su parte, Texaco siempre negó cualquier daño que sea su responsabilidad. Para Texaco solamente podían existir impactos positivos en la salud de los habitantes, pues estos se beneficiaban de “servicios de atención médica y clínica” suministrados durante sus operaciones en Ecuador. “[L]as instalaciones de producción petrolera no tienen ningún impacto en la salud”, decían sus representantes mediante anuncios publicitarios en los principales medios del país.¹⁰⁶

Es evidente que los efectos de las actividades de la empresa cambiaron enormemente las condiciones de vida de los pobladores amazónicos, quienes ya no podían cazar, recolectar, ni pescar. Ni siquiera podían beber el agua de los ríos ni de los pozos por la contaminación. Inclusive el agua de lluvia resultaba peligrosa porque Chevron quemaba de forma ineficiente todo el gas asociado a la extracción de hidrocarburos. Así, con la llegada de esta empresa transnacional, aparecieron también enfermedades que eran desconocidas en la zona, como el cáncer, que hoy en día tiene una incidencia 8 veces mayor que en el resto del país. Toda esta contaminación permanece enterrada y afecta las vidas de más de 30 mil indígenas y campesinas/os¹⁰⁷.

1.2. La impunidad: historia del proceso judicial contra Chevron, cronología y aspectos fundamentales de una historia inacabada

El caso judicial de las comunidades ecuatorianas contra Chevron Corporation cumple veintiséis años en 2019. En 1993, las comunidades ecuatorianas afectadas demandaron en New York a Texaco Petroleum Company por daños ambientales que contaminaron más de 400,000 hectáreas de la que alguna vez fue selva virgen. Así empezó una larga historia que ha llevado a las y los ecuatorianos a defender sus reclamos en varias jurisdicciones, en distintos países y foros, en todos los niveles políticos y judiciales. Empezando en los Estados Unidos, de regreso a Ecuador a petición de Chevron (2002) hasta obtener una sentencia (2012) que ha sido llevada a Argentina, Brasil y Canadá, y que ha vuelto a Nueva York dos décadas más tarde. La historia de este proceso judicial se revela como un relato de impunidad y captura corporativa.

Desde que el juicio comenzó en 1993, en Nueva York hasta llegar a una decisión final por la Corte Nacional de Justicia de Ecuador (la jurisdicción elegida por Chevron) pasaron 20 años. Aunque la empresa fue condenada a pagar una indemnización de 9,6 millones de dólares, que

donde no existió actividad extractiva de hidrocarburos. Ver: Instituto de Epidemiología y Salud Pública Manuel Amunárriz, Informe Yana Curi, Impacto de la actividad petrolera en la salud de poblaciones rurales de la Amazonía Ecuatoriana, Coca, Ecuador, 2000

¹⁰⁶ Diario Hoy, Anuncio pagado por Texaco Petroleum Company, p. 3A. 16 de enero de 1994, Quito, Ecuador

¹⁰⁷ Todos estos datos han sido descritos en las sentencias condenatorias contra Chevron Corp. en Ecuador, que es el único foro que ha atendido el fondo de los reclamos ambientales de los afectados ecuatorianos.

debían ser destinados - por orden de la Corte- exclusivamente en la restauración del ambiente contaminado y otros daños relacionados, esta indemnización no ha sido abonada, la reparación no se ha producido¹⁰⁸. Por añadidura, tras una condena confirmada en todos los niveles jurisdiccionales de Ecuador, Chevron mantiene su resistencia y, como veremos, ha pasado al contra-ataque alegando que la sentencia condenatoria es producto de un fraude, que el sistema judicial ecuatoriano es un sistema corrupto y que sus derechos como inversor tienen prioridad sobre los derechos humanos.

Cabe recordar que, desde el inicio del caso, Chevron prometió una "vida de litigios de apelación y litigios colaterales" y juró "luchar este tema hasta que el infierno se congele, y luego seguir luchando en el hielo".¹⁰⁹ Consecuentemente, aún antes de ser condenada en Ecuador, la empresa inició una serie de procesos arbitrales contra la República del Ecuador que serán examinados en otras partes de este informe. Mientras tanto, Chevron también presentó en Nueva York una demanda civil de extorsión y fraude contra las víctimas ecuatorianas, sus abogados, representantes y aliados, alegando que constituían una organización criminal y que estaban tratando de extorsionar a Chevron mediante falsas reclamaciones de responsabilidad ambiental.

Así, el caso Aguinda empezó como una acción de clase en New York en 1993 y terminó en 2002 con una decisión que reenvía el caso a Ecuador en base a *fórum non conveniens*. Los mismos demandantes comparecieron al año siguiente ante los tribunales ecuatorianos y continuaron su juicio contra Chevron, conocido como el caso Lago Agrio¹¹⁰. La denominación deriva del nombre de la ciudad donde se encuentra la Corte Provincial de Sucumbíos, que es la que emitió

¹⁰⁸ Corte Nacional de Justicia, Casación, N.º 174-2012, el 14 de febrero de 2011.

¹⁰⁹ Mayo 3, 2009: El Abogado Principal de Chevron, prometió que la petrolera "pelearía hasta que se congelara el infierno y entonces seguiría peleando sobre el hielo". Ver John Otis, Chevron vs. Ecuadorean Activists, The Global Post, Mayo 3, 2009, disponible en: <http://www.globalpost.com/dispatch/the-americas/090429/chevron-ecuador?page=0,2#>

Julio 20, 2009: Un vocero de la compañía manifestó al Wall Street Journal, en relación a este juicio, que "No vamos a pagar y vamos a combatirlo por años sino son décadas en el futuro". Ver Ben Casselman, Chevron Expects to Fight Ecuador Lawsuit in U.S., Wall St. Journal., julio 20, 2009, en B3, disponible en: <http://online.wsj.com/article/SB124804873580263085.html>

Agosto 4, 2008 : En la revista Newsweek un lobista de Chevron, cuando se le preguntó acerca la acción legal seguida por las comunidades amazónicas manifestó que: "No podemos permitir que países pequeños se metan con compañías grandes como esta". Ver Un problema de \$16 mil millones: Chevron contrata a grupos de presión para apretar a Ecuador en un caso de vertederos tóxicos. Lo que podría significar el triunfo de Obama", por Michael Isikoff en NEWSWEEK

¹¹⁰ La ciudad de Lago Agrio es conocida con ese nombre por todos los habitantes, que recibió históricamente con los inicios de las operaciones petroleras de Texaco. El nombre Lago Agrio es traducción y referencia a Sour Lake, Texas. El nombre oficial de la ciudad es Nueva Loja, capital de la provincia de Sucumbíos.

la sentencia condenatoria en 2011 y su ratificación de 2012. Todos estos temas se revisarán en detalle más adelante.

Es importante recordar que Chevron (Texaco) salió del Ecuador en 1992. Tras el inicio del proceso de ejecución de la Sentencia de Lago Agrio en 2012 se embargaron sus cuentas bancarias, donde se encontraron solamente 360 US\$. Por este motivo, y a efectos de obligarla al cumplimiento de la sentencia condenatoria, las y los demandantes se vieron obligados a instar la ejecución de la sentencia en el extranjero en los países donde se identificaron activos de Chevron. La defensa de las víctimas consideró que la existencia de instrumentos internacionales firmados por Ecuador facilitaría el reconocimiento de la sentencia o de medidas cautelares ordenadas por la justicia ecuatoriana. Finalmente se iniciaron acciones para el reconocimiento y ejecución de la sentencia en Brasil, Argentina y Canadá. A pesar de que se han invertido muchos recursos y tiempo, el resultado no ha sido alcanzado debido a varios obstáculos que impiden el acceso a la justicia en esos países: estructuras societarias que se extienden a través de muchos niveles de empresas subsidiarias en diferentes jurisdicciones y que permiten la aplicación del velo societario; acuerdos de protección de inversiones extranjeras que ordenan la intromisión del poder ejecutivo en el poder judicial; falta de transparencia y acceso a información; acusaciones y juicios en Estados Unidos contra los abogados y representantes de las víctimas..

Para facilitar la adecuada comprensión del conjunto de este complejo caso, se presenta primero una cronología de los hitos más relevantes desde la perspectiva jurisdiccional Posteriormente se analizarán los aspectos más relevantes de los obstáculos encontrados por los ecuatorianos en su búsqueda de justicia.

1992

El 6 de junio de 1992 terminó la Concesión de Texaco en virtud de contrato de 1973. En esa fecha devolvió su participación en el consorcio a Petroecuador.

1993

El 27 de agosto de 1993 se suscribió el Tratado de Protección de Inversiones entre la República del Ecuador y Estados Unidos

El 3 de noviembre de 1993 inicia el paradigmático caso Aguinda. Como se ha relatado en los párrafos anteriores, la demanda contra la compañía Texaco se planteó en la ciudad de New York, que en ese tiempo era la sede global de Texaco Inc., apenas un año después de Texaco abandonó el Ecuador. Este juicio sería conocido como Aguinda vs. Chevron debido a María Aguinda, mujer indígena que encabezaba la lista de querellantes. En aquel momento no existían ni memorándum de entendimiento entre el Gobierno de Ecuador y Texaco, ni contratos de

remediación, ni actas de liberación de responsabilidades en favor de Texaco ni de Chevron (que aún no se habían fusionado).

1994

El 14 de diciembre de 1994, el Ministro de Energía y Minas, Petroecuador y Texpet suscribieron el Memorando de Entendimiento (MOU) para liberar a esta empresa de cualquier reclamo que dichas instituciones pudieran tener sobre los impactos medioambientales en relación con la Concesión. Aquí se establece con claridad que: “Las disposiciones de este Memorando de Entendimiento se aplicarán sin perjuicio de los derechos que posiblemente tengan terceros por efecto negativo causado como consecuencia de las operaciones del anterior Consorcio PETROECUADOR-TEXACO.”

1995

El 4 de mayo de 1995, el Ministerio de Energía y Minas, Petroecuador, y Texpet celebraron el Contrato para la Implementación de Trabajos de Remediación Ambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Reclamos suscrito entre el Gobierno de Ecuador, Petroecuador, y Texaco Petroleum Company. Aquí también se establece que las únicas partes que se ven afectadas por el acuerdo que libera a la empresa de sus posibles demandas son el Gobierno y Petroecuador: “El Gobierno y Petroecuador liberarán, absolverán y exonerarán para siempre por medio del presente documento [...] a “Las Exoneradas” de “todos los reclamos del Gobierno y Petroecuador contra las Exoneradas por los Efectos Adversos en el Ambiente originados en las Operaciones del Consorcio”

1996

En mayo de 1996 Texpet celebró varios contratos de transacción, liberación de obligaciones, responsabilidades y demandas con cuatro municipalidades de la Región Amazónica que previamente habían interpuesto demandas contra Texaco por contaminación medioambiental. Estos contratos fueron efectivos como transacción para dar por terminado los juicios.

1997

El 11 de mayo de 1997 entró en vigencia el Tratado de Protección de Inversiones entre la República del Ecuador y Estados Unidos (vid. Anexo I).

1998

El 17 de noviembre de 1998, Texpet, el Ministerio de Energía y Minas, y Petroecuador suscribieron el “Convenio Transaccional y Finiquito”, a través del cual los comparecientes reconocían mutuamente que “por este convenio se extinguen todos los derechos y obligaciones

que cada una de las partes tenga con respecto a la otra, emanadas del contrato con fecha 6 de agosto de 1973”, es decir, el Contrato de Concesión de 1973.

Aunque este acuerdo y la liberación de responsabilidades fueron obtenidas antes de que se dictaran las sentencias del caso presentado en New York, los mismos no influyeron en la decisión de los jueces. Es decir, para el Segundo Circuito de New York, la liberación de responsabilidades no debía provocar un efecto de terminación de las demandas presentadas por terceras personas.

1999

La Ley de Gestión Ambiental (Ley 99-37 o LGA) fue publicada en el Registro Oficial No. 245 del 30 de julio de 1999. Los artículos 42 y 43¹¹¹ de la LGA establecieron un procedimiento (el verbal sumario) y un juez competente (el Presidente de la Corte Provincial de la jurisdicción en la que los daños se hubieren producido) para conocer las “acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos”. En este punto es importante recalcar que este artículo también faculta a que personas vinculadas por un interés común presenten acciones, lo que equivale a una legitimación colectiva para reclamar por derechos ya existentes que están *vinculados* – y no la creación de nuevos derechos *colectivos*.

2001

El 20 de mayo de 2001, el juez Rakoff, de la Corte Distrital para el Segundo Circuito de New York, emitió sentencia de primera instancia en el caso Aguida, planteado en 1993, en la que

¹¹¹ Art. 43 LGA: “Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además, condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria”

reconocía que: “Texaco ha aceptado sin ambigüedad alguna y por escrito ser enjuiciada por estas demandas (o sus equivalentes ecuatorianos) en Ecuador, aceptar la notificación y traslado del proceso en Ecuador, renunciar durante 60 días después de la fecha de este desistimiento a cualquier tipo de defensa basada en prescripciones que se hayan completado desde la presentación de las Demandas actuales”.¹¹² La liberación de responsabilidades del Gobierno de Ecuador, como argumento para dar por terminado el juicio contra Chevron, fue insuficiente para que se rechazase la demanda presentada en New York en 1993.

El 07 de septiembre de 2001 la Federal Trade Commission aprobó el acuerdo que permitió la fusión de Chevron Corp. y Texaco Inc. Desde entonces la compañía pasó a llamarse ChevronTexaco, para posteriormente cambiar su nombre nuevamente a Chevron.

2002

El 16 de agosto de 2002 la Corte de Apelaciones del Distrito Sur de New York desestimó el caso Aguinda en base a la doctrina del *fórum non conveniens*. Chevron argumentó que este caso debía ventilarse en Ecuador y que el sistema de justicia ecuatoriano era idóneo y perfectamente capaz de resolverlo. Así, tras 9 años de proceso en el que no se discutió acerca de la contaminación, en el año 2002, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del Segundo Circuito resolvió finalmente rechazar la demanda presentada por las víctimas demandantes de Ecuador. De esta manera, se afirmaba estar garantizando el derecho de las víctimas a un juicio, al imponerle a Chevron (que ya se había fusionado con Texaco) la obligación de someterse a la justicia ecuatoriana y cumplir con cualquiera sentencia en su contra.¹¹³ Con el objetivo de evitar el caso Aguinda en EEUU, Chevron estuvo de acuerdo y se comprometió a someterse a un juicio similar en la justicia ecuatoriana (aunque sabía que no habían *acciones de clase* en Ecuador) y a acatar la sentencia que emitieran los tribunales de Ecuador. Los demandantes se opusieron alegando que Ecuador no contaba con acciones de clase, a lo que la Corte de Apelaciones para el Segundo Distrito de New York, respondió:

“Plaintiffs' third objection is that Ecuadorian courts do not recognize class actions. On the other hand, Ecuador permits litigants with similar causes of action arising out of the same facts to join together in a single lawsuit”.¹¹⁴

¹¹² U.S. District Court for the Southern District of New York - 142 F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001)

¹¹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del Segundo Circuito, New York, Aguinda v. Texaco Inc., de 16 de agosto de 2002: en: <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/303/303.F3d.470.01-7758.01-7756.html>

¹¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del Segundo Circuito, New York, Aguinda v. Texaco Inc., de 16 de agosto de 2002: en: <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/303/303.F3d.470.01-7758.01-7756.html>

Pronto se sabría que esta orden no sería ninguna garantía porque Chevron alegaría que no estaba comprometida a someterse al caso Lago Agrio bajo la LGA.

2003

El 07 de mayo del 2003, el caso Aguinda se convierte en el caso Lago Agrio. Los mismos demandantes del caso Aguinda, en calidad de afectados por las operaciones de Chevron presentaron la demanda en Ecuador, ante la Corte Provincial de Sucumbíos, iniciando el caso que sería conocido como el caso Lago Agrio. La demanda fundamentó la elección del trámite y la competencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Sucumbíos en la Ley de Gestión Ambiental. La demanda alegó que la compañía Chevron (antes Texaco) provocó daños al medio ambiente por la utilización de tecnología y prácticas obsoletas y contaminantes, en violación de la ley ecuatoriana, que demandaba específicamente evitar los daños al ecosistema y la utilización de “tecnología moderna y eficiente”.

La demanda fue presentada por 47 demandantes en representación de más de 30.000 personas afectadas por la contaminación causada por la compañía petrolera. Estos no pedían ninguna indemnización ni reparación personal, sino la reparación de los daños causados al ambiente.

Pese a que para conseguir que se desestimara el caso Aguinda en New York, Chevron (que se había fusionado con Texaco en 2001) se comprometió legalmente a someterse a la jurisdicción de las Cortes ecuatorianas, desde la contestación a la demanda en Ecuador (y durante todo el juicio), la compañía Chevron alegó la falta de jurisdicción de los jueces ecuatorianos, bajo el argumento de que *Chevron nunca había operado en Ecuador*, y que *Chevron no era la empresa sucesora de Texaco porque no había ninguna fusión*.

2004

El 11 de junio de 2004, ChevronTexaco Corporation y Texaco Petroleum Company interpusieron una demanda de arbitraje contra Petroecuador ante la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”). El fundamento era el Contrato de Operación Conjunta, suscrito en 1965 entre Texaco y Gulf. Chevron y Texaco pedían ser indemnizadas por la apertura de una causa en Ecuador en su contra. Este caso sería conocido como Chevron I.

2009

En 2009, la Corte Suprema de los Estados Unidos se negó a conocer la petición de Chevron para revisar la decisión de la Corte Distrital que ordenaba detener el arbitraje (“Stay in the Litigation”), con lo que se dio fin al proceso (Chevron I) ante la AA.

Poco tiempo después, el 23 de septiembre de 2009 Chevron inició un nuevo arbitraje (Chevron III) contra el Ecuador bajo las reglas UNCITRAL, basándose en el Tratado Bilateral de Protección

de Inversiones (TBI) suscrito entre Ecuador y Estados Unidos (firmado en 1993 y vigente desde 1997). Chevron solicitó al Tribunal que declare: “Que Ecuador incumplió el TBI con EEUU. Que Ecuador es exclusivamente responsable por la sentencia que pueda dictarse en el juicio iniciado por las comunidades de Lago Agrio en la Corte de Sucumbíos. Que se ordene y condene a Ecuador a mantener indemnes a Chevron – Texaco con relación con los resultados del juicio de Lago Agrio. Que Chevron no tiene responsabilidad por los impactos ambientales en la Amazonía luego de su operación en Ecuador. Indemnización por daño moral.”¹¹⁵

2011

El 14 de febrero de 2011, la Corte de Sucumbíos emitió una sentencia contra Chevron, condenándola a pagar más de 9.600 millones de dólares en medidas de reparación a los suelos y el agua contaminada, para un programa de salud capaz de atender a las víctimas de cáncer, para recuperar la flora y fauna, y recuperar la cultura perdida. Adicionalmente se condenó a Chevron a pagar un 100% de daños punitivos, que fueron otorgados a manera de sanción, por considerar la magnitud de los daños y la mala fe que demostraron los abogados de Chevron durante todo el juicio.¹¹⁶

¹¹⁵ Ver blog de casos de la Procuraduría General del Estado de Ecuador en

http://blogcasos.pge.gob.ec/?page_id=163

¹¹⁶ “[...] esta Corte ha creído conveniente dividir las distintas MEDIDAS DE REPARACION que pueden ser aplicadas a los daños probados, considerando que éstas pueden ser tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida ya' la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible reparación” [...] “se condena a la demandada al pago de SEISCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD\$600'000.000,00) para la limpieza de aguas subterráneas” [...] “la cantidad que esta Presidencia estima necesaria para una limpieza de suelos, no deberá sobrepasar los CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA y SEIS MILLONES DE DÓLARES CON CIENTO SESENTA MIL DÓLARES (USD\$5.396'160.000,00)” [...] “se estiman necesarios al menos DOSCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD\$ 200'000.000,00) divididos en 10 millones de dólares anuales, que deberán ser suficientes para invertirse en programas de recuperación de las especies nativas, por al menos 20 años o hasta que su presencia no sea necesaria” [...] “la Presidencia estima que para esta medida de compensación (agua) serán necesarios CIENTO CINCUENTA ,MILLONES DE DÓLARES (USD\$ 150'000.000,00)” [...] “para cubrir las necesidades en salud creadas por el problema de salud pública ocasionado por los actos de la demandada necesitará de al menos MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (USD\$1.400'000.000,00) para funcionar de manera permanente y suficiente” [...] “, se ordena la implantación de un programa de reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica, cuyos costos deberán también ser cubiertos por la demandada, en un monto CIEN MILLONES DE DÓLARES (USD \$100'000.000,00)” [...] “se dirija también a mitigar este problema de salud pública, quedando de este modo acrecentada en OCHOCIENTOS MILLONES DE DÓIARES (USD\$800'000.000,00) la condena para la provisión de fondos de un plan de salud que deberá necesariamente incluir tratamiento para las personas que padezcan de cáncer que pueda ser atribuido a la operación de Texpet en la Concesión” [...] “esta presidencia, según sana critica, impone una penalidad punitiva equivalente a 100% adicional de los valores sumados de las medidas de

Pocos días antes, el 1 de febrero de 2011, Chevron había presentado una demanda bajo la Ley de Organizaciones Corruptas e Influencia Extorsiva (RICO, por sus siglas en inglés) contra los demandantes ecuatorianos, sus abogados y representantes.¹¹⁷ Esta ley fue creada para combatir el crimen organizado en EEUU, pero Chevron la utilizó de manera exitosa para obtener una orden temporal de restricción en la ejecución de la sentencia (que prohibía su ejecución inclusive a jueces fuera de Ecuador) que fue emitida por el juez Kaplan, en New York, apenas una semana después de que Chevron presentó su demanda. Chevron alegó que los ecuatorianos, sus abogados y representantes eran parte de una organización criminal con el propósito de extorsionarlos en 113 billones de dólares mediante la utilización de la justicia ecuatoriana. El juez estuvo de acuerdo porque consideró que “las Cortes ecuatorianas generalmente no ofrecen un juicio justo, y no lo han hecho en este caso” y que Chevron era una empresa de gran importancia para su economía y que empleaba a miles de personas. El juez Kaplan incluso aceptó el argumento de que Chevron era una compañía totalmente diferente y no estaba obligada por la sentencia ecuatoriana. De cualquier modo esta parte de la decisión fue revocada por la sentencia de apelación de 19 de septiembre de 2011, en la que se limitó la prohibición de ejecutar la sentencia a las cortes de EEUU¹¹⁸.

2012

La sentencia de 14 de febrero de 2011 fue ratificada en apelación por la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos, el 3 de enero de 2012. Siendo esta la última instancia, la sentencia causa ejecutoría a menos que se presente recurso de casación y se pague caución a la Corte, lo cual Chevron se negó a hacer. Chevron presentó el recurso de Casación y fue admitido a trámite en la Corte Nacional, sin embargo, Chevron no pagó caución, por lo que la sentencia causó ejecutoría y se procedió simultáneamente con el trámite de ejecución. En lugar de pagar caución, Chevron insistió que la Corte debería detener el proceso de ejecución por orden del tribunal arbitral. Estos pedidos fueron rechazados por la Corte Nacional de Ecuador.

Dentro del proceso de ejecución, los árbitros del caso Chevron III emitieron sendos laudos interinos contra el Gobierno de Ecuador. Estos laudos ordenaban al Estado ecuatoriano que tomara todas las medidas necesarias para impedir la ejecución de la sentencia contra Chevron. El laudo indicó expresamente que esta orden era aplicable a todas las funciones del Estado ecuatoriano, incluyendo el poder judicial. La Presidencia de la Corte Provincial de Sucumbíos

reparación, lo que resulta adecuado con la finalidad punitiva y disuasoria de este tipo de indemnizaciones, teniendo propósito a la vez ejemplarizantes y disuasivos, queriendo reconocer a las víctimas y garantizar la no-repetición de inconductas similares”.

¹¹⁷ SOUTHERN DISTRICT Tribunal de NUEVA YORK, no. 11 civ 0691, de 1 de febrero, 2011.

¹¹⁸ United States Court of Appeals for the Second Circuit. Chevron Corp. v. Naranjo, No. 11-1150-cv(L), 2011 WL 4375022 (2d Cir. Sept. 19, 2011).

reconoció la validez del laudo pero se negó a cumplirlo luego de hacer una ponderación de las obligaciones internacionales del Ecuador en relación con los derechos de inversionista en relación con las obligaciones internacionales en derechos humanos y los principios constitucionales de supremacía y aplicación directa.

Cumpliendo con el procedimiento habitual, se iniciaron los procedimientos para ejecutar medidas cautelares ordenadas en Ecuador sobre bienes de Chevron en Argentina y para el posterior exequatur de la sentencia en Argentina. En aplicación de la medida cautelar, se obtuvo una orden de embargo sobre la totalidad de los activos de Chevron Argentina. Esta orden sería modulada para no impactar la operación de la compañía mientras duran las medidas cautelares. La Sala de Apelaciones ratificó la sentencia de primera instancia.

El 27 de junio inició también el proceso de homologación en Brasil y el también el proceso de exequatur en Canadá.

2013

El 4 de junio de 2013, la Corte Suprema de Argentina declaró procedente el recurso de interpuesto contra la orden de embargo cautelar de los bienes de Chevron y dejó sin efecto la sentencia por “interés nacional”¹¹⁹. Esto sucedió después de que Chevron ofreciera una inversión de 3 mil millones que Argentina necesitaba para poder iniciar la explotación del yacimiento de Vacamuerta.

El 12 de noviembre de 2013 la Corte Nacional del Ecuador, máximo órgano de la administración de justicia ecuatoriana, rechazó el recurso de casación interpuesto por Chevron. La Corte confirmó la legalidad de la sentencia y también ratificó todos los hallazgos de las instancias inferiores en relación con los daños ambientales, pero dejó sin efecto la condena por daños punitivos. Chevron interpuso un recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia de la Corte Nacional, el cual fue admitido a trámite y enviado a la Corte Constitucional.

El 15 de octubre inició el juicio RICO contra los demandantes ecuatorianos. El Juez Kaplan ordenó a los abogados, colaboradores y representantes de los ecuatorianos que entregaran todos los documentos, comunicaciones y cualquier información relativa al caso.

En diciembre de 2013 Chevron, presentó una Acción Extraordinaria de Protección ante los jueces de la Sala Especializada Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Esta acción fue presentada por supuestas violaciones constitucionales de las cuales Chevron dice haber sido víctima, durante el proceso de Lago Agrio. La acción fue admitida y el expediente fue enviado a la Corte Constitucional.

¹¹⁹ Corte Suprema de Argentina, RECURSO DE HECHO, A.523. XLIX, A.238. XLIX, 4 de junio de 2013

2014

La sentencia del caso RICO prohibió que los demandantes pudieran ejecutar su sentencia en contra de Chevron en Estados Unidos y que los abogados de los ecuatorianos se beneficiaran de cualquier modo¹²⁰.

2016

El Gobierno de Ecuador se vio obligado a pagar más de 96 millones de dólares americanos en cumplimiento del laudo arbitral del caso Chevron II. Aunque este caso no está directamente relacionado con los reclamos por daños ambientales, se vinculó por dos razones: Chevron utilizó el monto de la condena como herramienta de presión contra el Gobierno de Ecuador para que interceda en el caso Lago Agrio. Los demandantes ecuatorianos tenían una orden de embargo sobre este monto con disposición de la Corte Provincial de Sucumbíos. En 2016, los afectados ecuatorianos, representados por UDAPT, tomaron la decisión estratégica de levantar el embargo para impedir que Chevron lo utilizara para forzar decisiones en el gobierno ecuatoriano.

2017

En Brasil, después de muchos años de trámites, finalmente, el Juez relator del caso, Luis Felipe Salomao, dictó una sentencia a favor de Chevron¹²¹. Esta sentencia resolvió no homologar la sentencia ecuatoriana y una vez sometida a votación de todos los miembros de la Corte, fue aprobada. El argumento central fue que el reconocimiento de sentencias extranjeras en Brasil tiene como fin último aportar en la consecución de los fines de la justicia, lo cual sería imposible en caso de homologar la sentencia ecuatoriana porque éste no puede ser ejecutada en Brasil. Según el TSJ de Brasil, la sentencia de Lago Agrio no podría ser homologada porque sus órdenes no pueden ser cumplidas en Brasil, de modo que su homologación sería inútil. El fundamento para afirmar que la sentencia Lago Agrio no puede ser ejecutada en Brasil es que los bienes de las subsidiarias brasileñas de Chevron no están disponibles para satisfacer las deudas pendientes de Chevron Corp. porque son compañías distintas.

2018

El 27 de junio de 2018 se emitió la Sentencia de la Corte Constitucional Ecuador No. 230-18-SEP-CC. Esta sentencia ratifica la sentencia de la Corte Nacional y rechaza todas las acusaciones de

¹²⁰ USDC, SDNY, Chevron Corporation v. Steven Donziger, et al., Case 1:11-cv-00691-LAK-JCF Document 1874. Filed 03/04/14; p. 469.

¹²¹ Sentença Estrangeira Contestada Nº 8.542 - EC (2013/0081095-1)

Chevron acerca de la existencia de docenas de violaciones a derechos constitucionales de Chevron, con lo que cierra todas las vías jurisdiccionales disponibles en Ecuador.

En Argentina, dentro del proceso de homologación de sentencia, se dictó la sentencia de la Sala 1 de la de la Cámara de lo Civil de julio de 2018, rechazando el pedido de los ecuatorianos. El argumento central es la cosa juzgada, pues se refiere a la sentencia de la Corte Suprema, sobre medidas cautelares, como que fuera un caso análogo.

En Canadá, la sentencia conocida como Yaiguaje v. Chevron Corporation (2018 ONCA 472), fue emitida por la Corte de Apelación de Ontario ante el recurso de apelación interpuesto por los ecuatorianos, luego de que el pedido de homologar la sentencia contra Chevron Corporation, fue rechazado en primera instancia. El argumento que persiste en el debate es si se puede ejecutar una sentencia contra Chevron Corporation sobre los bienes de Chevron Canada, cuando existen 6 empresas subsidiarias intermediarias, todas de total propiedad y control de la matriz, Chevron Corporation.

El 30 de agosto de 2018 fue emitido el Segundo Laudo Parcial sobre los méritos del caso Chevron III (PCA CASE NO. 2009-23), entre Chevron, Texaco y el Gobierno de Ecuador, en base al Acuerdo de Incentivo y Protección Recíproca de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos, firmado en 1993, pero que entró en vigencia en 1997. Este laudo ordena al Ecuador anular la sentencia del caso Aguinda contra Chevron e impedir su ejecución por cualquier medio necesario.

Entre los aspectos más resaltables de esta cronología cabe destacar los siguientes hechos:

- El caso Aguinda inició (antes de que pase un año de que Texaco dejó el consorcio) el 3 de noviembre de 1993, en New York, que era la sede global de Texaco. La liberación de responsabilidades se empezó a negociar el año siguiente de presentada esta demanda, precisamente como salida a las demandas que presentaron ciudadanos ecuatorianos. La liberación de responsabilidades de 1998 fue presentada por Chevron a la Corte de New York y no fue considerada como liberadora de responsabilidades en relación con terceros, como son las y los demandantes ecuatorianos. Por este motivo el Segundo Circuito de New York no rechazó la demanda, sino que la envía a Ecuador utilizando la doctrina del *Forum non conveniens*.
- La demanda se conformó desde su origen como una *acción colectiva* (class action) motivada por daños sufridos a causa de contaminación ambiental proveniente de actividades extractivas de petróleo en la Amazonía ecuatoriana. En Ecuador no existían acciones colectivas en aquel momento. En 2001 Texaco y en 2002 Chevron, se comprometieron a ser juzgadas en relación con esta demanda en Ecuador, las empresas sabían que en Ecuador se había promulgado la Ley de Gestión Ambiental en 1999, que, si

bien no permitían interponer una *acción de clase*, sí permitía interponer demandas para proteger derechos colectivamente considerados. Así, considerando que la concepción de derechos colectivamente considerados en Estados Unidos, responde al hecho de la existencia de “idénticas situaciones subjetivas que se ubican desde la singularidad de la titularidad y comparten entre sí la identidad del sujeto pasivo y del vínculo u obligación que une ambos extremos de la relación jurídica”,¹²² podríamos afirmar que se trata de una demanda análoga.

- Durante 9 años (1993-2002), en los cuales Texaco se fusionó con Chevron, el juicio se mantuvo en la jurisdicción de EEUU. Chevron incluso compareció al juicio en New York y pidió ser juzgada en Ecuador. Chevron se comprometió a aceptar la jurisdicción ecuatoriana (2002), pero cuando fue demandada en Ecuador alegó falta de jurisdicción (2003-2018).

Todos estos temas se analizan a continuación tomando como eje central el caso Lago Agrio, que ha sido el único escenario que ha atendido la demanda de fondo de los afectados ecuatorianos y que se ha pronunciado sobre la existencia de daños ambientales de responsabilidad de una transnacional. Tanto el arbitraje denominado Chevron III, como el caso RICO en New York, han reconocido la existencia de daños ambientales, pero en ambos casos han marginado su discusión. Para los árbitros no hay duda de la existencia de daños ambientales y de la responsabilidad de Chevron, sin embargo, como se analiza posteriormente, han ordenado la anulación del juicio (exigiendo la no ejecución de la condena). Por otro lado, el Juez Lewis Kaplan, en New York, prohibió que se discuta o siquiera que se mencione cualquier tema relacionado con la contaminación: cualquier declaración de abogados, testigos o expertos que se refiera a contaminación fue eliminada del expediente.

¹²² Para conocer más sobre la titularidad ver: Watanabe, Kazuo, “Objeto litigioso de las acciones colectivas” en Gidi, Antonio y Ferrer, Eduardo coord., La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica, México, Porrúa, 2004, pág. 349

2. Obstáculos para el acceso a los mecanismos judiciales presentes en el caso Chevron:¹²³

A lo largo de este apartado vamos a repasar el recorrido jurídico del caso de las víctimas contra Chevron, para detectar los obstáculos a la reparación exigida por las víctimas. Dividiremos los obstáculos entre aquellos que dificultan o imposibilitan el acceso a los mecanismos judiciales, los que dificultan o impiden su adecuado funcionamiento y los que obstaculizan la efectiva reparación (en concreto las dificultades para la ejecución de la sentencia)

2.1. Obstáculos para el acceso a los mecanismos judiciales de reparación:

a) La inexistencia de recursos apropiados para obtener la reparación del amplio conjunto de derechos y sujetos afectados por el crimen corporativo.

Las y los demandantes del caso Aguinda escogieron inicialmente (1993) EEUU por dos razones fundamentales: por ser el Estado donde se ubicaba la matriz de la empresa y por la ausencia de procesos judiciales capaces de hacer efectivos sus derechos en Ecuador.

Empezando por la segunda cuestión, es fundamental remarcar que los derechos sustantivos utilizados para el caso Lago Agrio sí existían en el momento de la demanda del caso Aguinda. Se trata de los mismos derechos. La Constitución vigente en 1993 reconocía el derecho a la salud por ejemplo,¹²⁴ sin embargo, no existía en esa época un mecanismo jurídico que permitiera interponer una demanda a nombre de una colectividad que reclama la reparación de daños causados al ambiente y la salud.

Fue la Ley de Gestión Ambiental (LGA) de 1999 la norma que abrió esta posibilidad.¹²⁵ Los artículos 42 y 43 de la LGA establecen legitimación activa para que cualquier persona o grupo de

¹²³ Capítulo redactado por Julio Prieto, abogado.

¹²⁴ Ver Constitución de Ecuador de 1978, Art. 19.3: Toda persona goza de las siguientes garantías: el derecho a un nivel de vida que asegure la salud; la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979

¹²⁵ Los artículos 42 y 43 de la LGA establecen legitimación activa para cualquier persona o grupo de personas, entablen un procedimiento (verbal sumario), ante un juez competente (el Presidente de la Corte Superior de la jurisdicción en la que los daños se hubieren producido), para conocer las “acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos”. Antes de esta Ley para demandar por daños ambientales los afectados debían comparecer individualmente y debían seguir el mismo proceso de los demás tipos de daños, es decir, un juicio ordinario ante un juez civil.

personas, entablen un procedimiento (verbal sumario), ante un juez competente (el Presidente de la Corte Superior de la jurisdicción en la que los daños se hubieren producido), para conocer las “acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos”. Antes de esta Ley para demandar por daños ambientales los afectados debían comparecer individualmente y debían seguir el mismo proceso de los demás tipos de daños, es decir, un juicio ordinario ante un juez civil. No existía, por tanto, la vía procesal adecuada de presentar demandas a nombre y en beneficio de la colectividad – aunque sí existían los derechos sustantivos a medio ambiente sano y a reclamar por la reparación de daños.

Cabe mencionar que tampoco es correcto afirmar que anteriormente únicamente podían presentarse acciones por derechos particulares, pues el artículo 2214 del Código Civil (Título XXXIII de los Delitos y Cuasidelitos), vigente desde 1861,¹²⁶ reconoce que el que causa un daño está obligado a su reparación y concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas.¹²⁷ Esto quiere decir que cualquier persona puede demandar la remoción de un riesgo de daño que amenaza a personas indeterminadas. Sin embargo, aunque la amenaza recaiga sobre una colectividad de personas indeterminadas, esto no significaba que la demanda pueda ser planteada por esa colectividad o en nombre de un derecho colectivo o difuso, sino que cualquier persona puede demandar ante la presencia de un daño contingente que lo amenaza por ser parte de esa la colectividad.¹²⁸

¹²⁶ Andres Bello redactó el Código Civil chileno, que fue adaptado a varios países de Latinoamérica. En Ecuador fue aprobado el 21 de noviembre de 1857 y entró en vigencia el 1 de enero de 1861.

¹²⁷ El Código Civil vigente durante el proceso contra Chevron, estipulaba:

Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2217.- Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

¹²⁸ Los afectados ecuatorianos argumentaron que “Cualquier ciudadano pudo haber demandado a Texaco que removiera aquellos contaminantes que amenazaban con dañar su salud y sus propiedades (daños contingentes, art. 2236 del Código Civil), o aún más, aquellos que ya hubieran causado un daño, pero debía hacerlo ante juez de primera instancia, en juicio ordinario, ante las hordas de abogados que defendían los intereses de la petrolera y la complicidad de las dictaduras de turno” Ver Pronunciamiento de Maria Aguinda y otros dentro de la Acción Extraordinaria de Protección, Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 015-14 EP

En cualquier caso, debe quedar claro que la Ley de Gestión Ambiental (LGA), fue emitida antes que la decisión de la Corte de Apelaciones de New York se amparase en la doctrina de *forum non conveniens* para enviar el caso a Ecuador (2001)¹²⁹.

De este modo es posible afirmar que, en el momento previo al proceso en Ecuador, la carencia de mecanismos jurídicos adecuados suponían un grave obstáculo para el acceso a la justicia, que se solucínó con la LGA. En efecto, de haber querido demandar en 1993 en Ecuador, cada una de las 30.000 afectadas/os por la contaminación hubiera tenido que interponer una demanda propia, por sus propios y personales derechos. Así, aunque los demandantes ecuatorianos gozaban de derechos, no existía la legitimación colectiva para reclamarlos ni tampoco un proceso sencillo ni rápido. Por eso los demandantes escogieron el foro norteamericano, donde una *acción colectiva* les ofrecía un mecanismo de reparación más adecuado para su demanda¹³⁰. Allí se encontraron con el obstáculo de la doctrina del foro no conveniente.

b) La aplicación de la doctrina del foro no conveniente (forum non conveniens)

Como se ha reiterado, el primer movimiento de las víctimas, en 1993, fue la interposición de una demanda contra la empresa en su domicilio, es decir, ante los tribunales de EEUU. La demanda (Aguinda v. Texaco) se radicó ante la Corte Distrital para el Segundo Circuito de New York, ante el juez Rakoff, que emitió sentencia en el año 2001¹³¹.

El conjunto de este caso pivotó en torno a cuál era el foro más conveniente para conocer esta disputa, es decir, pasaron ocho años debatiendo la cuestión de la admisibilidad, sin entrar en el fondo.

Chevron presentó las declaraciones de varios expertos ante la Corte de New York para reforzar su tesis de que el foro ecuatoriano era el más adecuado para esta demanda¹³² y que el de New

¹²⁹ La LGA (Ley 99-37) fue publicada en el Registro Oficial No. 245 del 30 de julio de 1999.

¹³⁰ Affidavit de Alberto Wray, donde explica que existían muchos impedimentos legales para que los demandantes ecuatorianos hicieran su caso en Ecuador. Entre estos se menciona la falta de mecanismos expeditos, la obligación de agotar las vías administrativas, la preferencia en la utilización de peritos de la corte en lugar de peritos designados por las partes, entre otros. *Aguinda v. Texaco, Inc.*, No. 93 Civ. 7527 (S.D.N.Y. Jan. 11, 1999).

¹³¹ U.S. District Court for the Southern District of New York - 142 F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001) May 30, 2001

¹³² Rakkof: "Defendant, by contrast, has adduced detailed affidavits from its Ecuadorian legal experts specifically denying that any such impediment exists to filing these claims directly with the Ecuadorian courts and asserting, instead, that the administrative agencies simply provide an alternative forum for certain of plaintiffs' claims. See *Ponce y Carbo Aff.* at ¶ 17; *Callejas Aff. I* at ¶ 5; *Callejas Aff. II* at ¶¶ 3-5." *Aguinda v. Texaco, Inc.*, No. 93 Civ. 7527 (S.D.N.Y. Jan. 11, 1999).

York no era el conveniente. Las y los demandantes consideraron que el foro más conveniente era la jurisdicción de EEUU, país de domicilio de la compañía demandada y que contaba con un sistema judicial confiable y con los remedios judiciales apropiados para este tipo de reclamos. Además, presentaron declaraciones juradas de expertos ecuatorianos que daban testimonio de la ausencia de mecanismos legales idóneos (como acciones colectivas) para este tipo de casos en Ecuador, señalando además que los tribunales de Ecuador eran susceptibles de ser influenciados e incapaces, en aquel momento, de actuar con imparcialidad. Por otro lado, Texaco alegó que todo lo relativo a este caso se encontraba en Ecuador y que los intereses soberanos de Ecuador hacían de su sistema judicial el foro más adecuado. Texaco presentó evidencias para demostrar que Ecuador contaba con mecanismos judiciales capaces de hacer frente a las demandas de los afectados, alegando que la jurisdicción ecuatoriana era perfectamente idónea para resolver esta disputa. Texaco argumentó que: “Ecuador's interests are obvious and substantial because plaintiffs' claims concern that nation's lands, people, environment, laws, national oil company, and its oil field practices today”¹³³.

Aunque el juez se tomó en serio esta cuestión – al punto de solicitar que las partes entregaran información suplementaria a sus posiciones–, aplicó su discrecionalidad para dictaminar que las cortes ecuatorianas constituían un foro adecuado para esta disputa. Esta decisión fue sostenida por la Corte de Apelaciones, que sostuvo que la decisión de Rakoff no constituía un abuso de su discrecionalidad¹³⁴:

“Texaco ha aceptado sin ambigüedad alguna y por escrito ser enjuiciada por estas demandas (o sus equivalentes ecuatorianos) en Ecuador, aceptar la notificación y traslado del proceso en Ecuador, renunciar durante 60 días después de la fecha de este desistimiento a cualquier tipo de defensa basada en prescripciones que se hayan completado desde la presentación de las Demandas actuales”.¹³⁵

A pesar de este compromiso y de la orden emitida por la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de New York, la primera defensa de Chevron ante la demanda interpuesta en Ecuador (y que fue una constante durante todo el proceso en Ecuador), fue la falta de jurisdicción y competencia de los jueces ecuatorianos.¹³⁶ Es importante señalar la postura que adoptó el

¹³³ Texaco Inc.'s Memorandum of Law in Support of Its Renewed Motions to Dismiss Based on Forum Non Conveniens and International Comity at 10, *Aguinda v. Texaco, Inc.*, No. 93 Civ. 7527 (S.D.N.Y. Jan. 11, 1999).

¹³⁴ Howard Erichson, *The Chevron-Ecuador Dispute, Forum Non Conveniens, and the Problem of Ex Ante Inadequacy*, 1 *Stan. J. Complex Litig.* 417 (2013)

¹³⁵ Ver Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del Segundo Circuito, New York, de 16 de agosto de 2002.

¹³⁶ Desde la contestación a la demanda en Ecuador, Chevron alegó que Ecuador carecía de jurisdicción para juzgarla. Este argumento se encuentra presente en el encabezado de cada uno de los escritos y peticiones que Chevron presentó en primera instancia, en apelación, en casación, e inclusive ante la Corte Constitucional.

gobierno de Ecuador, que compareció a este juicio, mediante su Procurador General y Embajador ante la ONU, para sustentar el argumento de que el Ecuador sí representaba un foro adecuado para estas demandas¹³⁷. Las declaraciones juradas de diversos embajadores de Ecuador pedían al juez Rakoff que rechazara la demanda de los ecuatorianos porque estos carecían de derechos. El Gobierno manifestó que los ciudadanos ecuatorianos no tenían derecho a reclamar por daños ocurridos en tierras de dominio público. Edgar Terán e Ivon Baki, embajadores durante el gobierno de Sixto Durán Ballen y Jamil Mahuad, respectivamente, declararon ante la Corte de New York que los pueblos indígenas del Ecuador carecían del derecho a demandar como los estaban haciendo en EEUU. Tomando las palabras de Terán:

“Nadie puede reclamar indemnizaciones por daños en bienes del Estado ecuatoriano. Solo el Estado puede reclamar. No terceros.” Esto debido a que el Estado es el “propietario legal de los ríos, arroyos y recursos naturales, y todas las tierras de dominio público donde se llevaron a cabo las operaciones de producción petrolera”¹³⁸

Esta actuación de Ecuador supuso un gran obstáculo para los demandantes ecuatorianos en sus intentos de acceder a la justicia. El Gobierno de Ecuador llegó a advertir públicamente y ante los tribunales de Estados Unidos que estaba en juego la soberanía del país por culpa de los cofanes y de sus abogados¹³⁹. El Gobierno del Ecuador incluso denunció públicamente a los abogados de los demandantes ecuatorianos por tratar de usurpar derechos que le pertenecen al Gobierno de Ecuador¹⁴⁰.

c) La vulneración del derecho a recibir información sobre los derechos y recursos judiciales o no judiciales existentes, orientación procesal y formas de solución de conflictos

El Estado ecuatoriano no brindó ningún tipo de asistencia a los demandantes ecuatorianos en los momentos previos a las operaciones de Texaco en la Amazonía, mientras éstas se realizaron, ni tampoco cuando habían concluido. El Estado en ningún momento informó acerca de sus derechos a los habitantes de la zona que fue concesionada a Texaco. No existió ningún proceso de información, socialización ni consulta. Por el contrario, el Estado consideró que la Amazonía

¹³⁷ Ver Nota 1 de la Opinión de Rakoff: [1] Following remand from the Court of Appeals, the Government of Ecuador expressly confirmed to this Court, at a hearing attended not only by its counsel but also by its Procurador General and its United Nations Ambassador, that it believed that, while its legal procedures were different from those of the United States, it nonetheless could provide an adequate forum for this litigation. See Tr. at 63.

¹³⁸ Affidavit de Edgar Terán, embajador de Ecuador en Estados Unidos, del 3 de enero de 1996.

¹³⁹ Bajo el titular “En Juego la Soberanía del País. Solo el Estado ecuatoriano puede demandar indemnización por daños a lo que es suyo”, el embajador Edgar Terán declaraba que “Las demandas en EU tratan de denigrar al sistema judicial ecuatoriano y a las Fuerzas Armadas”. Ver Revista La Otra, No. 224, de 25 de mayo de 1994.

¹⁴⁰ Id. del 10 de junio de 1996.

eran tierras baldías, sin dueño, por lo que justificó la entrega de millones de hectáreas en concesiones para exploración y explotación petrolera¹⁴¹, sin ningún tipo de consideración de las necesidades y vida de los pueblos indígenas que ahí habitaban.

Los recursos judiciales y no judiciales existentes eran desconocidos para las y los demandantes ecuatorianos. Tras el fin de las operaciones de Texaco en 1990, fueron abogados privados quienes informaron a los demandantes de sus derechos y de las vías jurídicas disponibles para exigirlos.¹⁴² Como se explicó antes, el Gobierno ecuatoriano tenía la tesis de que los afectados ecuatorianos no tenían derecho a demandar sobre la salud del medio ambiente.

El Estado ecuatoriano estuvo lejos de respetar el derecho a la información sobre la asistencia consular. El gobierno de Ecuador y sus consulados no solo no brindaron asistencia alguna a los demandantes ecuatorianos, sino que, por el contrario, desde un inicio el Estado se manifestó contrario a la existencia del proceso, y así lo hizo saber a la Corte de EEUU a través de sus embajadores. En este sentido, la asistencia la recibió Texaco, y no los ciudadanos ecuatorianos afectados por sus operaciones.

Por añadidura, en la etapa pre-procesal de este caso, es decir, antes de que se planteara la demanda en Ecuador, el Estado jamás investigó las reclamaciones de las y los afectados ecuatorianos. Tan solo a raíz de la demanda planteada por Chevron contra el Estado en sede arbitral, y ya comenzada la fase de ejecución de la sentencia, se realizó la primera investigación de estas demandas¹⁴³.

¹⁴¹ El 5 de febrero de 1964 la Junta Militar que gobernaba Ecuador entregó una concesión de más de 1'400.000 hectáreas al consorcio Texaco-Gulf para que explorara y extrajera petróleo de zona nor oriental de la Amazonía Ecuatoriana. Esta concesión eventualmente fue reducida a 450.000 hectáreas, que fue donde Texaco operó y causó los daños ambientales.

¹⁴² Yanza Luis. Las Voces de las Víctimas. “Aunque el 3 de noviembre de 1993 arrancó la historia de esta batalla legal, meses antes había empezado los preparativos para armar la demanda. Inicialmente, Cristóbal Bonifaz y sus socios trabajaron con la doctora Judith Kimerling. La doctora Kimerling fue autora de libro Crudo, publicado en 1991, a través del cual hizo público la catástrofe ambiental que la petrolera Texaco había ocasionado en la selva amazónica ecuatoriana.”

¹⁴³ Por pedido de la firma de abogados (Winston & Strawn, LLP) encargados de la defensa del Gobierno del Ecuador en el arbitraje conocido como Chevron III, el Louis Berger Group Inc. preparó un informe titulado “A Supplemental Report Regarding the Environmental Contamination From TexPet’s E&P Activities” con fecha 7 de noviembre de 2014. En este informe se establecen conclusiones como: “We also performed forensic analyses and found that despite Claimants’ assertions of limited contamination,23 contamination due to TexPet’s E&P activities extends beyond the pits and the immediate vicinity of the E&P facilities to surrounding soils, groundwater, surface water and stream sediments.24 In each medium, the contamination is present at levels in excess of Ecuadorian standards and the cleanup threshold established in the Judgment.25 This is significant because it not only confirms and reinforces the full range of chemical data and expert observations available to the Lago Agrío Court, but it also confirms what the Court (as well as the people of the Oriente) could see for itself.”

Ningún funcionario en ningún momento durante las operaciones de Texaco, ni durante el juicio contra Chevron, mostró interés por conocer las denuncias realizadas en contra de Texaco. Por el contrario, ya se ha señalado que tras la interposición de la demanda contra la empresa en New York (1993), el Estado negoció un contrato para otorgarle a la compañía una liberación completa de responsabilidades por cualquier daño ambiental (1995).¹⁴⁴ Más adelante, mediante la contraloría, se hizo un examen especial al cumplimiento de este contrato, pero no con el objetivo de confirmar las declaraciones de los afectados sino para verificar el cumplimiento de obligaciones contractuales.¹⁴⁵ Aunque este examen estableció irregularidades e indicios de responsabilidad penal, y a pesar de insistentes pedidos por parte de los afectados, ni Fiscalía ni la Procuraduría General del Estado investigaron dichas acusaciones, que terminaron siendo archivadas.¹⁴⁶

2.2. Obstáculos para la obtención de la tutela judicial efectiva:

Esta sección se refiere principalmente a lo sucedido durante el proceso de Lago Agrio y las demandas paralelas interpuestas como contra-ataque por la empresa. Debe remarcarse que, una vez presentada la demanda en Ecuador, no se presentaron violaciones al derecho a la defensa en el proceso en Lago Agrio. Durante el trámite de este proceso en Ecuador ambas partes tuvieron igualdad de armas procesales y de oportunidad de utilizarlas.

a) La vulneración del derecho a la seguridad e integridad de las víctimas, sus representantes, testigos, defensores de derechos humanos o denunciantes

Mientras se tramitaba el proceso en Lago Agrio, Chevron interpuso varias demandas: una contra sus víctimas, sus abogados y otros colaboradores, acusándolos de constituirse en una organización criminal para extorsionar dinero sobre falsas reclamaciones ambientales bajo la ley RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act), el llamado caso RICO. Durante estos procesos se vulneraron varios derechos procesales de los demandantes ecuatorianos, incluyendo el derecho a la defensa, acceso a la información, publicidad del proceso, derecho a ser juzgados por un juez competente, derecho a contar con un abogado, etc.

¹⁴⁴ Contrato para la Implementación de Trabajos de Remediación Ambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Reclamos suscrito entre el Gobierno de Ecuador, Petroecuador, y Texaco Petroleum Company del 4 de mayo de 1995 y la correspondiente Acta Final de Remediación de fecha 30 de septiembre de 1998.

¹⁴⁵ Contraloría General del Estado: Informe del Examen Especial al Contrato de Remediación de 1995.

¹⁴⁶ “[El Fiscal General del Estado] Pesántez y los fiscales que estuvieron a cargo del caso, supuestamente no encontraron elementos de convicción, pese al evidente daño ambiental y la afectación a la salud de miles de indígenas y colonos amazónicos, a causa de la contaminación provocada por la petrolera.” Ver

[www.eltelegrafo.com.echttps://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/informacion/1/ashington-pesantez-ratifico-que-chevron-no-cometio-delito](https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/informacion/1/ashington-pesantez-ratifico-que-chevron-no-cometio-delito)

Aún antes de que la sentencia contra Chevron fuera emitida por las cortes ecuatorianas, la compañía demandó a los afectados ecuatorianos, a sus abogados y demás aliados, en los EEUU utilizando la ley RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act). Finalmente, tras un juicio plagado de irregularidades, Chevron obtuvo una orden del juez Lewis Kaplan con una prohibición de ejecutar la sentencia en cualquier lugar del mundo, pero que luego fue revertida por la Corte de Apelaciones y limitada solamente a los EEUU.¹⁴⁷ Posteriormente el mismo juez emitió una ampliación de esta orden a una prohibición global, oculta tras varios tecnicismos, pero que de todos modos pretende ser una orden a las cortes del mundo para que rechacen los intentos de ejecución de la sentencia ecuatoriana.¹⁴⁸

Este juicio tiene muchas características que lo vuelven perturbador y que atentan directamente contra los derechos humanos de los afectados ecuatorianos. Chevron contrató abogados especializados en “rescatar corporaciones” utilizando tácticas poco convencionales,¹⁴⁹ pero además, después de un largo *fórum shopping*, encontró un juez, Lewis Kaplan¹⁵⁰, muy receptivo y amigable con los pedidos de Chevron. El juez Kaplan permitió prácticamente cualquier solicitud presentada por Chevron, mientras negaba todas las presentadas por los ecuatorianos, se burló de las Cortes ecuatorianas, de las víctimas ecuatorianas (a quienes ni siquiera les reconocía su existencia) y de sus abogados, e impidió que se hable de la contaminación causada por Chevron en la Amazonía ni tampoco de actos de corrupción en los que Chevron habría incurrido, solamente las acusaciones de Chevron eran de interés para este juez.

Este trato diferenciado alcanzó extremos, como cuando Chevron presentó cientos de solicitudes de documentación y miles de “solicitudes de admisión” sobre hechos controvertidos, que en caso de no ser respondidos le permitirían a Chevron alegar que han sido aceptados. Desde el

¹⁴⁷ El juez Linch escribió que otorgar este tipo de remedios provocaría extensas fricciones entre sistemas legales. “Granting the type of “speculative” relief sought by Chevron would “unquestionably provoke extensive friction between legal systems” by encouraging challenges in New York to the legitimacy of courts in foreign countries.” Ver <https://www.reuters.com/article/us-chevron-lagoagrio-injunction/chevron-loses-injunction-in-18-billion-ecuador-case-idUSTRE80P1HE20120126>

¹⁴⁸ http://www.csrwire.com/press_releases/40965-U-S-Judge-Again-Tries-to-Block-Indigenous-Peoples-From-Enforcing-12b-Ecuador-Pollution-Judgment-in-Entire-World

¹⁴⁹ “Gibson, Dunn & Crutcher (Gibson Dunn) promotes itself as a corporate “rescue squad” specializing in “shielding clients” from “billions in liability”. They boast of getting George W. Bush installed as US president by stopping a Florida vote recount, and shielding Lehman Brothers from liabilities in the largest bankruptcy filing in U.S. history.” Ver <https://www.greenpeace.org/international/story/16448/chevrons-slapp-suit-against-ecuadorians-corporate-intimidation/>

¹⁵⁰ “At The Robing Room, a judicial review forum, one commenter warned, “if you are representing big business interests, Judge Kaplan will find a way to rule in your favor. If you going up against big business interests, you are out of luck.” Others describe Kaplan as “working for business interests” and “part of the old-boy network.” Ver <https://www.greenpeace.org/international/story/16448/chevrons-slapp-suit-against-ecuadorians-corporate-intimidation/>

primer día de juicio, Chevron presentó cerca de 2.500 “evidencias” y miles de afirmaciones que si no eran contestadas se las tenía por aceptadas. El pequeño equipo legal que representaba a los ecuatorianos no tenía capacidad de responder todos estos pedidos y Chevron lo sabía. El juez Kaplan ni siquiera concedió una extensión de tiempo para que los ecuatorianos puedan revisar estos documentos. Estos hechos han sido relatados por varios comentarios doctrinales¹⁵¹.

Además, desde antes que inicie el juicio y luego también durante el juicio, los abogados de Chevron presentaron docenas de procedimientos de “discovery”, que obligaron a todos los abogados y sus colaboradores a entregar sus correos electrónicos y toda documentación relativa a su trabajo en el caso contra Chevron. Estas solicitudes alcanzaron a periodistas, documentalistas, pasantes, inversionistas,¹⁵² expertos¹⁵³ e inclusive ONGs aliadas.¹⁵⁴

Joe Berlinger, autor del documental CRUDE, que narra algunos aspectos de la historia del caso, fue obligado a entregar más de 600 horas de video sin editar a los abogados de Chevron. Esto causó gran indignación en varios medios de comunicación, incluyendo NBC, HBO and The New York Times, quienes presentaron peticiones para que la Corte no admitiera esta estrategia¹⁵⁵. Sus intentos fracasaron.

¹⁵¹ Ver: <https://harvardlawreview.org/2016/12/chevron-corp-v-donziger/>

Ver también: <https://earthrights.org/blog/the-unnecessary-truth-reflections-on-what-wasnt-told-in-the-chevron-ecuador-rico-case/>

Ver también: https://www.huffingtonpost.com/entry/chevrons-payments-to-rico-witness-are-not-just-ugly-us_5931c879e4b0649fff2118e9

¹⁵² Ver declaración de Burford Capital asegurando que fueron engañados para invertir en el juicio contra Chevron. Disponible en: <https://www.scribd.com/document/136497227/Declaration-of-Burford-Capital-CEO-Christopher-Bogart>

¹⁵³ Ver declaración de Douglas Beltman, experto para los afectados ecuatorianos que fue forzado a retractarse de todos sus hallazgos o enfrentar la banca rota. Disponible en <https://www.scribd.com/document/135570356/Beltman-Witness-Statement>

¹⁵⁴ “Kaplan also allowed Chevron to serve subpoenas on Amazon Watch, Google, Microsoft, and others, seeking email accounts to track the activities of some 100 lawyers, students, journalists, and academics that supported the Ecuadorian’s cause.” Ver <https://www.greenpeace.org/international/story/16448/chevrons-slapp-suit-against-ecuadorians-corporate-intimidation/>

¹⁵⁵ “On behalf of a coalition of the nation’s leading newspapers, network news divisions and documentary makers -- including The New York Times, NBC and HBO -- the noted First Amendment lawyer Floyd Abrams has filed a friend-of-the-court brief in support of Berlinger’s stance. Abrams wrote that Kaplan’s decision would wrongly wrest not only confidential but also unpublished material from a journalist’s possession. The coalition says that’s an unparalleled demand.” National Public Radio: A Crude ‘Awakening’: Chevron vs. the Documentarian. Disponible en <https://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=127410188> Ver también:

<https://www.greenpeace.org/international/story/16448/chevrons-slapp-suit-against-ecuadorians-corporate-intimidation/>

Amazon Watch, ELAW y otras organizaciones aliadas con los afectados ecuatorianos también recibieron órdenes de entregar toda su documentación. Bajo la defensa de EarthRights International, AmazonWatch fue capaz de resistir las pretensiones de Chevron, al igual que lo hizo la red de expertos ELAW. Sin embargo, una enorme cantidad de tiempo y recursos fueron invertidos para este propósito, dejando de lado otros temas importantes.¹⁵⁶

Incluso los abogados que se habían comprometido con la defensa de los ecuatorianos fueron forzados a abandonarlos. La firma de abogados Patton Boggs, LLP, que había representado a los afectados ecuatorianos, llegó a un acuerdo con Chevron para evitar más litigios y abandonó el caso. La firma emitió un comunicado público afirmando que se arrepentía de haberse involucrado en este caso y dos de sus socios fueron separados¹⁵⁷.

Además, aunque la demanda de Chevron empezó siendo acerca de dinero, cuando advirtió que sus demandas no pasarían la revisión de un jurado, abandonó toda pretensión económica. Con esta maniobra Chevron evitaría que el caso sea escuchado por un jurado, y en su lugar sería el juez el único en decidir. Esta maniobra era estratégica, pues a pesar de todo el Discovery y las tácticas descritas anteriormente, Chevron no había obtenido pruebas que sustenten sus acusaciones. El caso de Chevron se basaba realmente en el testimonio de un juez ecuatoriano que había sido destituido previamente por actos de corrupción vinculados al narcotráfico y que carecía de toda credibilidad, por lo que un jurado hubiera sido difícil de convencer. Durante el juicio se descubrió que este testigo había recibido más de dos millones de dólares de parte de

¹⁵⁶ “As part of their Ecuador strategy, Chevron harassed activists, like Amazon Watch, and environmental experts, like the Environmental Law Alliance Worldwide (ELAW), with discovery requests, and sued litigation funders to deprive the affected Ecuadorians and their legal team of the ability to mount a defense. Our lawyers at EarthRights International defended Amazon Watch and other activists, and – thankfully – Chevron was rebuffed. But defending against these efforts is a huge drain on our resources and those of our clients. Both ERI and our NGO clients had our hands full for the year it took to defeat Chevron's subpoenas.” Redford Katie, Huffington Post. Ver en <https://chevrontoxico.com/news-and-multimedia/2016/0629-the-new-corporate-playbook-or-what-to-do-when-environmentalists-stand-in-your-way>

¹⁵⁷ “Chevron claimed another high-profile scalp today as the Washington law firm Patton Boggs agreed to pay \$15 million and granted Chevron extraordinary rights to question two of its partners in a settlement of litigation over a \$9.5 billion environmental judgment against the oil giant in Ecuador.” Ver <https://www.forbes.com/sites/danielfisher/2014/05/07/patton-boggs-pays-chevron-15-million-to-rid-itself-of-donziger/#1c332e9f33ff>

Ver también: Federal court filing asserting that Burford was misled by NY lawyer Steve Donziger and US law firm Patton Boggs into investing in an environmental suit against Chevron in Lago Agrio, Ecuador. Disponible en <https://www.scribd.com/document/136497227/Declaration-of-Burford-Capital-CEO-Christopher-Bogart>

Chevron, 53 días de entrenamiento por parte de los abogados de Chevron, que además lo había trasladado a vivir en Miami, junto a toda su familia y con todos los gastos pagados.¹⁵⁸

John Kecker, un respetado abogado litigante, reconocido por su integridad, tuvo que retirarse del caso porque los ecuatorianos no eran capaces de retenerlo. En su declaración final ante la Corte declaró que “mediante su ejército de abogados, Chevron está utilizando recursos ilimitados para aplastar a los ecuatorianos y ganar el caso por la fuerza antes que por los méritos.”¹⁵⁹

b) Ausencia de asistencia legal y material para la protección de los Derechos Humanos

Como se mencionó *supra*, el Estado no proporcionó ningún tipo de información ni asistencia a los afectados ecuatorianos en la etapa previa al proceso de Lago Agrio. Luego, durante el proceso de Lago Agrio, tampoco se contó con ningún tipo de asistencia legal, logística ni económica para los afectados ecuatorianos. La asistencia jurídica gratuita era algo que no estaba disponible para los afectados ecuatorianos. Los afectados ecuatorianos y sus representantes realizaron gestiones propias para financiar los gastos del juicio.

Sin embargo, aunque los demandantes no tuvieron asistencia del Estado ecuatoriano, Chevron sí la obtuvo. Durante el juicio de Lago Agrio, los abogados de Chevron se hospedaban dentro de una base militar. Los miembros de las Fuerzas Armadas del Ecuador escoltaban y protegían a los abogados de Chevron durante el proceso de Lago Agrio. La asistencia que brindaba el Estado a Chevron fue finalizada como consecuencia de que Chevron logró suspender una inspección judicial en Guanta utilizando un espurio informe de inteligencia militar,¹⁶⁰ luego del cual se

¹⁵⁸ Ver: https://www.huffingtonpost.com/entry/chevrans-payments-to-rico-witness-are-not-just-ugly-us_5931c879e4b0649fff2118e9

¹⁵⁹ Ver el pedido de Kecker & VanNest LLP para retirarse del caso debido a la incapacidad de los ecuatorianos de pagar sus honorarios

http://admin.csrwire.com/system/press_release_pdfs/35574/original/Kecker_Withdrawl_Motion.pdf?1367623064

¹⁶⁰ Los abogados de Chevron presentaron ante la Corte un “informe de inteligencia militar” que advertía que el pueblo Cofán planificaba secuestrar y atentar contra la seguridad de los asistentes a una inspección judicial que estaba planificada para el día siguiente. Los abogados de Chevron alegaron que “de acuerdo a la información obtenida por inteligencia militar se conoce de que la intención es retener a funcionarios de CHEVRON TEXACO y demás asistentes a la inspección judicial mediante el bloqueo de las vías de ingreso y salida del sitio para forzar a la firma de documentos de compromiso para la entrega de cumplimiento de varias peticiones”; y recomendaron “restringir totalmente las actividades de dicho sector, por no existir las `garantías mínimas de seguridad, para cumplir con dicha diligencia”. Luego se descubrió que dicho informe militar era falso y que respondía a presiones de los abogados de la compañía al interior de una base militar con la única intención de evitar dicha diligencia. Los medios cubrieron ampliamente la historia. Ver: http://www.elcomercio.com/noticias/inspeccion-judicial-Guanta-suspende-cofanos_0_113990449.html; http://www.elcomercio.com/noticias/Juicio-Texaco-informe-Inteligencia-polemica_0_113989238.html; http://www.nacion.com/ln_ee/2005/octubre/19/ueconomia-la3.html; http://208.109.252.189/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=23872&umt=ministro_defensa_llamado_al_parlamento_por_comision_indigena;

hicieron públicos varios convenios de cooperación entre el Estado y Chevron que explicaban dicha cooperación de las fuerzas armadas.¹⁶¹

c) Dificultades en el acceso a la información necesaria para la adecuada defensa, con el debido respeto a consideraciones de confidencialidad

Durante el proceso de Lago Agrio existía mucha información que era mantenida como confidencial por la Compañía y por el Estado ecuatoriano. Existía mucha información relativa a las operaciones de Texaco en Ecuador que reposaba en la empresa estatal de petróleos, agencias gubernamentales de control de hidrocarburos y distintos ministerios. Por ejemplo, los convenios firmados entre Texaco y el Gobierno de Ecuador permanecieron secretos hasta que fueron desclasificados a raíz de la denuncia e investigación acaecida con ocasión del incidente ocurrido cuando se suspendió la inspección judicial de Guanta.

Así mismo, la información relativa a la fusión ocurrida entre Chevron y Texaco no fue transparente. El negocio anunciado públicamente por Chevron y Texaco fue diferente del verdadero. Mientras los representantes de Chevron y Texaco anunciaban públicamente la exitosa fusión entre ambas compañías, ante la Corte sus declaraciones eran diferentes:

¹⁴ Conforme a las disposiciones del Acuerdo de Fusión entre Chevron y Texaco Inc., Texaco Inc. se fusionó con una subsidiaria de Chevron, denominada Keepep, Inc. Como resultado de esa operación legal, Texaco Inc. fue la sociedad que mantuvo su existencia legal, luego de la fusión bajo la forma de una persona jurídica independiente, porque absorbió a Keepep por completo. Chevron mantuvo su identidad separada pero, para reconocer el hecho de que Texaco Inc. había pasado a ser su subsidiaria, cambió su denominación societaria (durante un tiempo) a ChevronTexaco Corporation. Los registros oficiales del estado de Delaware en los Estados Unidos, certificados por el Secretario de Estado de los Estados Unidos y el Cónsul General del Ecuador en Washington, D.C., que confirman estas operaciones societarias, fueron proporcionados a la Corte en octubre de 2003 junto con el pedido original de Chevron para que se rechace la demanda.

En base a esta diferencia, Chevron alegó que la promesa realizada por Texaco en relación a su sometimiento a la jurisdicción ecuatoriana no sería aplicable a Chevron porque ésta no sería sucesora de aquella, sino una compañía distinta e independiente. Este es otro ejemplo de la utilización abusiva del derecho societario como mecanismo para evadir responsabilidades.

¹⁶¹ Las Fuerzas Armadas del Ecuador tenían un Convenio de cooperación suscrito. En virtud de este convenio las FAE proporcionarían protección, alojamiento y colaboración logística, mientras que Chevron construiría las villas donde se hospedarían sus abogados y que luego pasarían a ser propiedad de las FAE. Este convenio se hizo público por orden del Ministerio de Defensa después de que las investigaciones se profundizaron a raíz del incidente en Guanta.

d) Los retrasos derivados de las actuaciones de Chevron para dilatar o impedir el funcionamiento de la justicia

Durante la tramitación del proceso en Lago Agrio, desde que se presentó la demanda hasta que se obtuvo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, transcurrieron nueve años. Durante este tiempo quedaron registradas docenas de obstáculos y retrasos atribuibles al abuso de las oportunidades procesales por parte de Chevron. Si a este tiempo le sumamos los nueve años que el caso estuvo pendiente ante la justicia norteamericana, tenemos ya casi dos décadas en que los afectados han presentado sus reclamos ante la justicia. Aún peor, al repasar la etapa posterior al proceso de Lago Agrio, es decir, la ejecución de la sentencia, se reflejan cinco años más de obstáculos, sin que sea posible decir que los demandantes ecuatorianos hayan alcanzado su objetivo final, que es la reparación de los daños ambientales y humanos.

Aunque las causas del retraso judicial son generalmente atribuibles a la poca diligencia de las cortes, en este caso la responsabilidad es fuertemente compartida por las acciones ejecutadas por la defensa de Chevron en el proceso.

Las denuncias de los demandantes fueron constantes. Existen innumerables escritos presentados por los abogados de los afectados ecuatorianos denunciando estos abusos y solicitando sanciones para los abogados que defienden a Chevron. Este castigo, previsto en la Ley, fue aplicada en una sola ocasión por la Corte¹⁶², aunque en su sentencia se expresa una clara condena a Chevron y se la obliga al pago de costas judiciales por estos abusos.¹⁶³

¹⁶² “[C]onstantemente [Chevron] por intermedio de sus abogados, viene en el texto de sus escritos interponiendo recursos que no admite la ley. En las providencias de 9 de julio del 2009 a las 14h00 y 03 de agosto del 2009, a las 16h00, por mencionar las últimas, se ha negado los recursos de apelación y de hecho, por cuanto la ley no permite [...] sin embargo de ello los abogados que patrocinan la defensa [...]tratan de inducir a engaño al juez, con el fin de que en un momento el Operador de Justicia, cometa algún error [...] por lo que se rechaza el escrito presentado y se multa con cinco dólares de los Estados Unidos de América, al Doctor Patricio Campuzano Merino” Ver Providencia de 13 de agosto de 2009, a las 14.30, emitida por la Presidencia de la Corte Provincial de Sucumbíos. (foja 157.929 del cuaderno de primera instancia).

¹⁶³ Se considera como muestras de mala fe procesal de la parte demandada, el no presentarse a la exhibición de documentos ordenados ni presentar excusa en la fecha señalada; el haber pretendido abusar de la fusión entre Chevron Corp. y Texaco Inc, como mecanismo para evadir responsabilidades; abusar de los derechos que le confiere la Ley procesal, tales como el derecho de presentar los recursos que la Ley franquea, como lo es el caso del recurso vertical de apelación, peticiones reiteradas sobre asuntos resueltos, e incidentes que por mandato de la Ley no tiene cabida dentro de un proceso verbal sumario, y que han merecido sendos llamados de atención y multas contra los profesionales que han defendido a la parte demandada por parte de los distintos Magistrados que hemos ocupado la presidencia de esta Corte; retardos provocados mediante conductas en principio legítimas pero cuya utilización tiene consecuencia desleales para con el proceso mismo, como lo es el negar y obstaculizar el pago a los peritos posesionados, impidiéndoles así poder iniciar su trabajo, o girar cheques para el pago de peritos a nombre de la Corte de Justicia, o el bien documentado caso de los vídeos que fueron ilegalmente grabados por

Infra se explican otros retrasos indebidos ocurridos en otras jurisdicciones durante la etapa de ejecución de la sentencia que condena a Chevron Corporation.

2.3. Obstáculos para el acceso a la reparación efectiva: la imposibilidad de ejecutar la sentencia allí donde la empresa transnacional tiene sus bienes

La falta de mecanismos jurídicos adecuados se combina con la compleja organización de las empresas transnacionales que, lejos de haberse convertido en una vía para la extensión del respeto a los derechos humanos, está permitiendo que las mismas escapen de manera habitual de la responsabilidad jurídica por actos contrarios a los derechos humanos tras el llamado velo corporativo¹⁶⁴.

allegados a la parte demandada” Ver sentencia de 14 de febrero de 2011 de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Tucumán.

¹⁶⁴ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/24, General Comment No. 24 (2017): on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, para. 42. Es bien sabido que en el ámbito estatal, las estrategias para evitar el abuso de la personalidad jurídica han proliferado desde la clásica jurisprudencia norteamericana hasta la actualidad, concretándose en la doctrina del levantamiento del velo (*piercing de veil*) orientada a evitar que se utilice la persona jurídica para burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros. Acogiendo la expresión clásica, “*When the conception of corporate entity is employed to defraud creditors, to evade an existing obligation, to circumvent a statute, to achieve or perpetuate monopoly, or to protect knavery or crime, the courts will draw aside the web [i.e., veil] of entity, will regard the corporate company as an association of live, up-and-doing, men and women shareholders, and will do justice between real persons*” (Wormser, I., *Piercing the Veil of Corporate Entity*, 12 Colum. L. Rev. 496, 517, 1912.) Dicho en otras palabras, y acudiendo a doctrina española, “cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza como mecanismo de fraude, el Juez puede penetrar en el hermetismo societario, descorrer el velo de las personas jurídicas, para evitar que se produzca el resultado contrario a Derecho, en los casos en los que la estructura corporativa es una “mere façade”, esto es cuando se interpone la forma societaria para eludir la ley o cometer el fraude” (Seaone, J.L., “El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2012). En este sentido, el levantamiento del velo es una técnica judicial que persigue evitar que los miembros de una entidad con personalidad jurídica propia eludan sus responsabilidades frente a terceros mediante la interposición fraudulenta, entre ellos y sus acreedores, de la referida entidad jurídica (Vid. entre otros De Ángel Yaguëz, R., *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4.ª edic., Editorial Civitas, Madrid, 1997). Se trata sin duda de una figura que ha generado controversia, señalando sus detractores que existe un conflicto entre la misma y la seguridad jurídica de los entes societarios, mientras que sus defensores se alinean en la necesidad de evitar los comportamientos fraudulentos. De lo que no cabe duda es de las grandes ventajas que el mantenimiento del velo corporativo ha reportado y reporta a las ETN. Para un recorrido por la evolución de esta doctrina se remite a: Carranza, J.J., *Análisis de la responsabilidad tributaria por levantamiento del velo*, Tesis Doctoral, Universidad de Huelva, disponible en <http://hdl.handle.net/10272/12753>

En este sentido, aun en los casos en los que los particulares afectados consiguen acceder a la justicia y obtener una resolución favorable, el pago efectivo de las sanciones por la empresa es muy complicado¹⁶⁵. El caso de la transnacional petrolera demuestra cómo el velo corporativo se orienta a mantener la responsabilidad jurídica alejada del lugar donde está el capital. Por ejemplo, siguiendo con el caso comentado, uno de los grandes problemas ha sido la obtención de resoluciones que obligaran a la incautación de activos de la compañía para pagar las multas impuestas. De hecho, como veremos en los siguientes epígrafes los demandantes consiguieron una serie de pronunciamientos favorables en Argentina contra Chevron para proceder a esta incautación, sin embargo, la Corte Suprema de este país revocó las sentencias afirmando que Chevron Corporation es una persona jurídica diferente de Chevron Argentina por lo que esta última no tenía la obligación de efectuar el pago.

Cabe señalar por último que hay otros factores que se suman a la dificultad para obtener el acceso a la justicia como es la disparidad de fuerzas entre las ETN, que invierten millones en la defensa jurídica, y las víctimas o sus organizaciones. El caso Chevron/Texaco es un claro ejemplo de esta situación¹⁶⁶. Los representantes de Chevron advirtieron, desde antes que se obtenga la sentencia ecuatoriana, que jamás cumplirían con ninguna obligación relativa a los daños ambientales en Ecuador.¹⁶⁷ Por el contrario, anunciaron *una vida de litigios* para enseñarnos que países pequeños no deberían meterse con grandes corporaciones¹⁶⁸. Ya se señaló anteriormente que, en mayo del 2009, el Abogado Principal de Chevron, prometió que la petrolera "*pelearía hasta que se congelara el infierno y entonces seguiría peleando sobre el hielo*"¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Prieto, J., Espinoza, G., "A binding treaty on corporate responsibility: a global solution to address the problem of corporate impunity. Lessons learned from Aguinda vs Chevron", op. cit.

¹⁶⁶ Prieto, J., Espinoza, G., "A binding treaty on corporate responsibility: a global solution to address the problem of corporate impunity. Lessons learned from Aguinda vs Chevron", en HOMA Publica: International Journal on Human Rights and Business, N°2, 2017.

¹⁶⁷ Julio 20, 2009: Un vocero de la compañía manifestó al Wall Street Journal, en relación a este juicio, que "No vamos a pagar y vamos a combatirlo por años sino son décadas en el futuro". Ben Casselman, "Chevron Expects to Fight Ecuador Lawsuit in U.S." Wall St. Journal. 20 de julio de 2009. Disponible en: <http://online.wsj.com/article/SB124804873580263085.html>

¹⁶⁸ Agosto 4, 2008: En la revista Newsweek un lobista de Chevron, cuando se le preguntó acerca la acción legal seguida por las comunidades amazónicas manifestó que: "No podemos permitir que países pequeños se metan con compañías grandes como esta". Ver: "Un problema de \$16 mil millones: Chevron contrata a grupos de presión para apretar a Ecuador en un caso de vertederos tóxicos. Lo que podría significar el triunfo de Obama", por Michael Isikoff en NEWSWEEK (Agosto 4, 2008).

¹⁶⁹ John Otis, Chevron vs. Ecuadorean Activists, The Global Post, Mayo 3, 2009, disponible en: <http://www.globalpost.com/dispatch/the-america/090429/chevron-ecuador?page=0,2#>.

Chevron se ha esforzado por cumplir esta promesa y las víctimas de la Amazonía ecuatoriana no han obtenido reparación, restitución, rehabilitación o satisfacción, incluido en el ámbito ambiental. Tras el fallo en Ecuador, al llegar el momento de la ejecución de la sentencia, las y los demandantes ecuatorianos supieron que la compañía Chevron tenía poco más de 360 US\$ disponibles en sus cuentas bancarias en Ecuador y que no existían más bienes para hacer efectiva la obligación. En tal situación, las y los afectados ecuatorianos se vieron forzados a recurrir jurisdicciones extranjeras en un esfuerzo por obtener el reconocimiento de la sentencia y la ejecución sobre los bienes de Chevron en esos países. Sin embargo, las jurisdicciones extranjeras no han sido receptivas de este pedido. Para reflejar las causas de este problema se presenta un análisis de las distintas sentencias obtenidas en jurisdicciones extranjeras y de los obstáculos encontrados para obtener el reconocimiento y ejecución de la sentencia ecuatoriana.

Adicionalmente se debe considerar que durante el proceso de ejecución los demandantes ecuatorianos enfrentaron además otros obstáculos, como la imposición de costas judiciales en Brasil, Argentina y Canadá.

a) El caso ante los tribunales en Argentina.

Los demandantes ecuatorianos interpusieron dos procesos judiciales en Argentina: uno para la aplicación de medidas cautelares y el otro para el reconocimiento y ejecución de la sentencia ecuatoriana. En este informe se analiza la información relativa a las sentencias que han puesto fin a cada uno de estos procesos iniciados en Argentina. En el caso de las medidas cautelares se trata de una sentencia emitida por la Corte Suprema, mientras que en el caso de la homologación de sentencia se estudia la sentencia de la Sala 1 de la de la Cámara de lo Civil de julio de 2018¹⁷⁰.

Las sentencias señaladas reflejan que, a pesar de la existencia de diversos convenios internacionales suscritas entre Ecuador y Argentina para facilitar el reconocimiento de medidas cautelares y sentencias dictaminadas en otro país, sus disposiciones fueron seguidas únicamente en las primeras instancias del proceso de medidas cautelares. En una fase posterior se impusieron la voluntad política y los mandatos de la legislación interna que consagraban la independencia de la personalidad societaria y que servirían para desestimar la ejecución sentencia ecuatoriana en contra de las subsidiarias argentinas de Chevron. Así, aunque la normativa internacional aplicable deberían haber facilitado el proceso de ejecución de las obligaciones judiciales en contra de Chevron, al final se impusieron las ofertas de inversión que hizo Chevron y los mecanismos tradicionales del derecho societario, prestos para mantener a salvo los activos de la empresa transnacional.

¹⁷⁰ Expediente No. 97260/2012.

La Sentencia de Corte Suprema de Argentina de 4 de junio de 2013, hace referencia al expediente del caso “Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation sobre medidas precautorias”. En este caso, las víctimas solicitaron que la justicia argentina reconociera y ordenase el embargo cautelar dictaminado por la justicia ecuatoriana sobre los bienes de Chevron Argentina en ese país, al amparo de la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares.¹⁷¹

La sentencia de primera instancia, emitida por el Juzgado Nacional de 1ra Instancia No.61, de 6 de noviembre de 2012, admitió la demanda y ordenó la ejecución de medidas cautelares sobre los bienes de las recurrentes. Esta sentencia fue ratificada por el Tribunal de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 29 de enero de 2013. Chevron Argentina, y las partes con ella demandadas en ese país¹⁷², interpusieron un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

En pleno proceso, Chevron ofreció una billonaria inversión para la exploración de los yacimientos no convencionales en Vaca Muerta, pero para hacerla efectiva requería que la Corte Suprema Argentina levantara el embargo. En efecto, con su sentencia¹⁷³ y “de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación”, la Corte Suprema declaró procedente el recurso y dejó sin efecto la sentencia de los tribunales inferiores contra Chevron. Además, como veremos, esta misma decisión se convirtió en *cosa juzgada* para los tribunales inferiores en el otro caso que nos ocupa, la demanda para el reconocimiento de sentencia, que también fue rechazada, cerrándose definitivamente las puertas de la justicia argentina

Respecto de la sentencia de la Corte Suprema, impidiendo la ejecución de las medidas cautelares sobre los bienes de Chevron, cabe hacer las siguientes precisiones:

- El recurso contra la sentencia del Tribunal de FERIA ni siquiera debió ser admitido porque las decisiones relacionadas con medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva (de acuerdo con la jurisprudencia de ese mismo Tribunal). Sin embargo la Corte interpretó que en este caso la sentencia del juez *a quo* puede equipararse a una definitiva porque el derecho invocado solo puede ser protegido por ese recurso debido a que se trata de una Convención que tiene por objeto exclusivo la cooperación en medidas cautelares, y, conjuntamente, que en

¹⁷¹ La Convención Interamericana Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Adoptada en: Montevideo, Uruguay el 5 de agosto de 1979 por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado. Ecuador (1982) y Argentina (1983) han ratificado la Convención.

¹⁷² Las demandadas fueron Chevron Argentina S.R.L., Ingeniero Roberto Priú S.R.L., CDC Aps y CDHC Aps.

¹⁷³ Corte Suprema de Argentina, RECURSO DE HECHO, A.523. XLIX, A.238. XLIX, 4 de junio de 2013.

este caso se justifica porque, dada la trascendencia económica del embargo, se irrogaría un perjuicio de difícil o imposible reparación¹⁷⁴.

- La Corte Suprema afirmó que las compañías argentinas no habían tenido participación en el juicio contra Chevron. En su opinión, aunque la justicia ecuatoriana hubiera unificado sus patrimonios a efectos de cumplir la sentencia sobre la base del levantamiento del velo societario y la desestimación de la personalidad jurídica, las empresas constituían personas jurídicas distintas¹⁷⁵.
- Esta personalidad jurídica distinta implica, según la opinión de la Corte Suprema de Argentina que la decisión ecuatoriana de imponer medidas cautelares sobre las subsidiarias de Chevron afectó a “principios que integran el orden público internacional argentino” porque fue decretada sin audiencia previa de las empresas implicadas en Argentina, una audiencia que les debería haber permitido defenderse. Cabe recordar que el artículo 198 del Código Procesal civil y Comercial de la Nación dispone que: “Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento” y que la Convención dispone que cualquier recurso contra la orden de embargo debe ser tramitado por el Tribunal que la emitió. Sin embargo, la Corte Suprema asumió la competencia para conocer el recurso planteado por Chevron contra la orden de embargo emitida en Ecuador y decretó que la falta de audiencia para defenderse constituía una violación al orden público argentino.

En todo caso, aun asumiendo que efectivamente la falta de audiencia constituiría una violación al orden público de Argentina que podía impedir la ejecución, debe señalarse que esta solo podría considerarse en relación con el juicio de reconocimiento de sentencia extranjera. Los procesos de medidas cautelares generalmente operan antes de cualquier notificación o

¹⁷⁴ La Corte Suprema de Argentina dictaminó que el principio del debido proceso adjetivo integra el orden público en aquellos casos que versan sobre derechos de contenido patrimonial y declaró que en este caso le correspondía jurisdicción para aplicar tratados internacionales para precautelar la “responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional” (fallos: 318:514, “Gioldi”, Voto salvado Carlos S. Fayt). El recurso fue concedido en cuanto a la interpretación del artículo 5 de la Convención sobre medidas cautelares, aunque finalmente la Corte declara que no es necesario referirse al mismo porque, según afirma, se ha cerrado la cuestión a toda controversia.

¹⁷⁵ En relación a la personalidad jurídica y el velo societario, la sentencia la Corte Suprema explicó sus razones para negarse admitir dichas figuras cuando viene decretada por una Corte de otro país. Así, la Corte afirmó que la decisión de declarar inoponible la personalidad jurídica tiene carácter excepcional el derecho argentino y solo puede ser tornada bajo ciertas condiciones establecidas por la ley (art. 54 de la Ley de Sociedades 19.550). Asimismo, en tanto la personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege no solo su patrimonio, sino también atiende a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa

audiencia, por lo que la falta de audiencia en este caso no sería capaz de motivar la decisión. En realidad, conforme lo expresa la misma sentencia, el dictamen de la Procuradora tuvo un peso determinante en su decisión¹⁷⁶.

- **Reconocimiento de la sentencia y velo corporativo**

En cuanto al proceso de reconocimiento de sentencia, que seguía un trámite independiente, el juzgado de primera instancia emitió un fallo contrario a la demanda de las víctimas ecuatorianas, negándose a reconocer la sentencia bajo el argumento de que era cosa juzgada por la Corte Suprema (en referencia a lo dictaminado en el proceso de medidas cautelares). La jueza sostuvo que lo dictaminado por la Corte Suprema en el trámite de las medidas cautelares era igualmente aplicable al caso de reconocimiento. Así, en octubre de 2017 el Juzgado Civil No. 61, negó el pedido de exequátur y reconocimiento de sentencia¹⁷⁷ y posteriormente la Sala 1 de la Cámara de lo Civil, resolvió rechazar un recurso de apelación interpuesto por los ecuatorianos en contra de la decisión y dio la razón a la empresa.

Para la Jueza de instancia, “parece indiscutible que los derechos legítimamente adquiridos deben estar protegidos dentro y fuera del territorio en el que habita su titular, dada la dinámica que en la actualidad gobierna las relaciones interhumanas e interestatales.” Sin embargo, luego se apega al criterio de la Procuradora General de la Nación y considera que las empresas argentinas son personas distintas de la Corporation y que “el reconocimiento de la sentencia extranjera supone siempre que la parte condenada, domiciliada en la República Argentina, hubiese sido personalmente citada.” Por ende, el Jueza considera que el punto de conexión establecido por las y los ecuatorianos entre las empresas argentinas y Chevron Corporation se ha desvanecido y que éstas no están vinculadas. En este punto la Jueza considera que el reconocimiento de la sentencia se torna improcedente y apoya su decisión en lo dictaminado por la Corte Suprema en el proceso de medidas cautelares¹⁷⁸.

Adicionalmente la Jueza destacó que la jurisdicción para el exequatur corresponde a los jueces del país en cuyo territorio se hallen bienes ejecutables y que “la sola circunstancia de no haberse acreditado en debida forma un punto de conexión entre la sociedad aquí emplazada

¹⁷⁶ La Corte Suprema dejó sin efecto el embargo cautelar ordenado por los tribunales de instancia siguiendo lo dictaminado por la Procuradora: “Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.”

¹⁷⁷ Expediente No. 97260/2012

¹⁷⁸ “Así quedó estipulado por el máximo Tribunal de este país al decidir que “está fuera de controversia que las sociedades [argentinas] no han tenido participación en el pleito seguido contra CHEVRON CORPORATION y que son personas jurídicas distintas cuyos patrimonios se ha decidido unificar con el de esa firma a los efectos de ejecutar la indemnización” (CSJN “Aguinda Salazar María c/Chevron Corporation s/ medidas precautorias, del 4/6/2012 – ver fs.486”).

“Chevron Corporation” y la República Argentina obsta a la procedencia del presente Exequátur en tanto no se advierte “prima facie” la necesidad de reconocer una sentencia extraterritorial condenatoria dictada por la Corte Nacional de la República del Ecuador si no existe en la Jurisdicción de este país la posibilidad de satisfacer económicamente la sentencia de condena cuyo reconocimiento se persigue.” En este sentido la Jueza concluye “la suerte” de la sentencia ecuatoriana:

“Por tanto, esta circunstancia -ni domicilio ni bienes denunciados por la actora para ejecutar en este país- sella la suerte del presente exequatur habida cuenta que resulta inadmisibles reconocer una sentencia extranjera en esta jurisdicción donde la parte demandada no tiene ningún punto de conexión con el territorio”.

La apelación de los ecuatorianos contra esta decisión de la Jueza de instancia recayó en la Sala 1 de la Cámara de lo Civil, quien, básicamente con los mismos argumentos, se negó a reconocer la sentencia. Al amparo de lo que resolvió la Corte Suprema en el proceso de medidas cautelares, la Sala dictaminó que los bienes que fueron objeto del embargo no pertenecen a la demandada Chevron Corp. sino a las empresas argentinas que no participaron del proceso. En conclusión, la sentencia contra Chevron Corp. no puede ejecutarse contra los bienes de las subsidiarias argentinas de Chevron Corp.¹⁷⁹. Así, la sentencia ratificó la separación de los patrimonios y de las personalidades de las empresas ejecutadas en Argentina y la deudora en Ecuador y la falta de participación de las empresas argentinas en el proceso ecuatoriano¹⁸⁰.

Cabe finalizar este recorrido por las sentencias argentinas recordando que el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares diferencia el proceso

¹⁷⁹ Las razones de los jueces parecen a indicar que la historia hubiera sido distinta si hubiera existido una participación de las subsidiarias en el proceso en Ecuador: “Ahora bien, cuando el Alto Tribunal expresa que los activos afectados pertenecen a personas diferenciadas de la demandada y que, por ello no podrían dictarse medidas cautelares contra los bienes de aquéllas sin su previa participación en un debido proceso, en definitiva impide –al menos en virtud de la sentencia que se pretende ejecutar en la que tampoco participaron dichas entidades-, dirigir la ejecución contra su patrimonio. Véase además que el fallo que la Corte Federal revocó había hecho mérito de las mismas circunstancias que ahora reedita la demandante en su apelación -ver fs. 767 parte final de “Aguinda y otros c. Chevron Corporation. medidas precautorias, expte n° 91814/20122”. De ahí que no puede dejar de leerse que los bienes denunciados por la actora como de propiedad de la demandada –al menos en este estado de cosas-, no pueden ejecutarse”.

¹⁸⁰ Adicionalmente, en este caso, la Sala incluyó entre sus consideraciones un pronunciamiento del Fiscal de Cámara para ratificar lo decidido en primera instancia y evitar pronunciarse sobre la aptitud de la sentencia para ser reconocida: “en razón de lo expuesto, y de conformidad con las motivadas razones que expresó el Sr. Fiscal de Cámara, se comparte el temperamento de la sentencia en crisis en punto a que los tribunales locales carecen de jurisdicción internacional para entender en la pretensión principal por no existir punto de conexión razonable entre el caso y el foro. La ausencia de este presupuesto, impide un pronunciamiento respecto de las condiciones de la sentencia para atribuirle eficacia extraterritorial”.

de medidas cautelares y el de homologación cuando reconoce que "El cumplimiento de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional requerido no implicará el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictare en el mismo proceso". También dispone que las autoridades judiciales den cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por jueces o tribunales de otro estado parte. Así, aunque los procesos de medidas cautelares y reconocimiento de sentencia deberían ser independientes, el fallo de la Corte Suprema acerca de las medidas cautelares (con todas sus polémicas decisiones jurisdiccionales) ha significado la desestimación del pedido de homologación en los tribunales inferiores, aún pese a existir obligaciones internacionales en la materia.

b) El caso ante los tribunales de Brasil

El 27 de junio del 2012, se presentó una acción de homologación de sentencia en Brasil. El 11 de mayo del 2015, el Procurador del Ministerio Público Federal emitió una "opinión" que mimetiza los argumentos expuestos por Chevron, recomendando la no homologación de la sentencia. Para el Procurador, la existencia de fraude (dictaminado por una Corte Federal de EEUU) sobre la sentencia ecuatoriana era suficiente para concluir que existía una ofensa al orden público brasileño.

El caso pasó a ser conocido y resuelto por el pleno del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, es decir por los 15 jueces que conforman el STJ de Brasil. El proceso estuvo retrasado por frecuentes errores de trámite y por la recusación de los jueces en el caso. Finalmente, el Juez relator del caso, Luis Felipe Salomao, elaboró una sentencia a favor de Chevron. Esta sentencia, aprobada por el pleno de la Corte, resolvió no homologar la sentencia ecuatoriana¹⁸¹.

Es importante señalar que esta decisión de fondo no fue tomada en base a los argumentos de fraude presentados por Chevron y recogidos por el Ministerio Público, sino que el TSJ se anticipó en decidir que, aunque la sentencia fuera reconocida por la justicia en Brasil, los bienes de Chevron Brasil no son ejecutables por una sentencia en contra de Chevron Corp. El velo corporativo funcionó de nuevo en este caso.

En este informe se analiza la información relativa a las sentencias que han puesto fin a cada uno de estos procesos iniciados en Brasil

La jurisdicción de Brasil, después de un largo proceso, decidió rechazar el pedido de homologación sin referirse al fondo del proceso ni tampoco a las acusaciones de fraude vertidas por Chevron en contra de la sentencia ecuatoriana. En cambio, la decisión del TSJ argumentó

¹⁸¹ Se trata de la "Sentença Estrangeira Contestada Nº 8.542 - EC (2013/0081095-1)", emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Brasil. El caso fue presentado por María Aguinda y otros demandantes ecuatorianos buscando la homologación de la sentencia ecuatoriana en contra de Chevron Corporation.

que la homologación de la sentencia es un medio para su ejecución, que en este caso es imposible, por lo que, bajo el principio de efectividad de los actos jurídicos, la homologación no tiene sentido¹⁸².

Esta falta de efectividad de la demanda derivó de una sencilla razón. La demanda pedía la homologación de una sentencia sobre obligaciones patrimoniales y la manera de hacerla efectiva es mediante la ejecución de bienes, una vía distinta de los casos en los que se pretende la homologación de una sentencia que surtiera efectos por el solo hecho de ser reconocida en otra jurisdicción. En tanto en cuanto Chevron Corporation no tiene bienes en Brasil (los tiene bajo la denominación de Chevron Brasil) la homologación de la sentencia ecuatoriana en Brasil no tendría posibilidades de ser efectiva y no cabe el reconocimiento de la ejecución.

Así, según la opinión del TSJ no existen puntos de conexión entre la jurisdicción brasileña y el caso concreto. Afirmar que, aun en el supuesto caso de que se homologue la sentencia ecuatoriana, el acto no tendría efectividad porque la ejecución de la sentencia no sería posible en Brasil por dos motivos: 1. Chevron Corporation no tiene bienes bajo su jurisdicción y 2. Chevron Brasil es una empresa distinta con un patrimonio independiente. En consecuencia, sin punto de conexión, este es un tema que no le interesa a la justicia brasileña¹⁸³.

El TSJ afirma que se pretende responsabilizar a Chevron Brasil por los actos imputados a otras sociedades del mismo grupo. Mimetizando el razonamiento elaborado en el proceso en Argentina, el tribunal afirmó que, partiendo de que la sentencia ecuatoriana fue proferida sin incluir en el proceso a la demandada brasileña, la demanda de homologación “ofende principio de orden pública a homologação de tal decisão, ainda que o direito estrangeiro não a considere nula.”

Como puede apreciarse, la separación de la personalidad societaria juega un rol fundamental en esta decisión. Gracias a esta ficción jurídica, que separa la personalidad de las personas jurídicas, las empresas transnacionales evadir sus responsabilidades. Sin embargo, es evidente que no se trata de simples conocidos o personas que participan del mismo grupo económico. Aunque existen varios niveles de empresas subsidiarias como intermediarios, está claro que

¹⁸² Assim, não sendo a homologação de sentença alienígena um fim em si mesma, mas sim o meio de se viabilizar a prática de atos materiais necessários à realização do direito reconhecido por outra soberania, faz-se mister perscrutar se a jurisdição brasileira pode e deve atuar no caso concreto, em conformidade com o princípio da efetividade, segundo o qual "a jurisdição de cada Estado está limitada a causas em que o exercício de seu poder possa ser útil e efetivo"

¹⁸³ El TSJ de Brasil, afirmó que “sociedades subsidiárias são pessoas jurídicas com personalidade e patrimônio próprios e, por isso, via de regra, insuscetíveis de responsabilização por débitos imputados a outra sociedade do mesmo grupo econômico, ainda que da empresa controladora”

Chevron Brasil es una empresa de total propiedad y control de la empresa matriz, Chevron Corporation¹⁸⁴.

Además, continuó el Tribunal por presentar elementos transfronterizos, toda demanda de homologación de sentencia en Brasil requiere necesariamente la existencia de un punto de conexión entre el ejercicio de la jurisdicción del estado brasileño¹⁸⁵ y el caso, afirmando que “é incontestado, nos autos, que o caso em julgamento não envolve partes brasileiras ou domiciliadas no país, tampouco a lide originária se refere a fatos ocorridos no Brasil, nem a sentença homologada impôs qualquer obrigação a ser cumprida em território nacional”.

En resumen, aunque el Ministerio Público de Brasil emitió una opinión afirmando que la existencia de fraude (dictaminado por la justicia de Estados Unidos) era suficiente para afirmar que la sentencia ecuatoriana atentaba contra el orden público de Brasil, estos argumentos fueron ignorados por el Tribunal. En su lugar el TSJ decretó la extinción del proceso sin resolución del mérito de fondo. El argumento fue que existe falta de jurisdicción brasilera por falta de puntos de conexión debido a que, 1. Chevron, empresa norteamericana, no está en territorio brasilero, 2. Chevron do Brasil es una persona jurídica distinta con un patrimonio propio, y 3. No hay punto de conexión entre el proceso ecuatoriano y el estado brasilero¹⁸⁶.

c) El caso ante los tribunales de Canadá

La jurisdicción de Canadá tardó varios años en admitir la demanda contra Chevron, dado que la empresa se opuso desde el inicio a esta posibilidad. Finalmente, tras la admisión de la jurisdicción determinada por la Corte Suprema la discusión se ha centrado, una vez más, en si los activos de Chevron Canada están disponibles para ejecutar una deuda de Chevron

¹⁸⁴ Ora, o ordenamento jurídico pátrio não autoriza o ajuizamento de ação executória em face daquele que não integrou o polo passivo da ação cognitiva (responsabilidade primária) ou em desfavor de quem não é o responsável legal pelo cumprimento da obrigação (responsabilidade secundária), nos termos do art. 568, I, c/c o art. 592 do CPC, sob pena de violação à coisa julgada, ao contraditório e ao devido processo legal.” (...) “Ora, o ordenamento jurídico pátrio não autoriza o ajuizamento de ação executória em face daquele que não integrou o polo passivo da ação cognitiva (responsabilidade primária) ou em desfavor de quem não é o responsável legal pelo cumprimento da obrigação (responsabilidade secundária), nos termos do art. 568, I, c/c o art. 592 do CPC, sob pena de violação à coisa julgada, ao contraditório e ao devido processo legal”.

¹⁸⁵ “Em suma, é imprescindível a existência de algum ponto de conexão entre o exercício do poder determinado pelo Estado e o caso concreto a ele submetido, para que se verifique a possibilidade de atuação da respectiva jurisdição.”

¹⁸⁶ “Assim, penso que não se está ultrapassando o juízo de delibação característico da homologação de sentença, mas apenas reiterando a ausência de jurisdição no caso concreto - questão que é pressuposto necessário de todo e qualquer processo -, haja vista que: a) a Chevron Corporation, empresa norte-americana contra a qual foi proferida a sentença estrangeira, não se encontra situada em território nacional; b) a Chevron do Brasil, pessoa jurídica distinta da requerida e com patrimônio próprio, não integrou o polo passivo da lide originária; e c) não há conexão entre o proceso equatoriano e o Estado brasileiro, consoante fundamentação anterior.”

Corporation. La última decisión de la Corte de Apelaciones de Ontario plantea interesantes preguntas y afirmaciones, pero rechaza la demanda de apelación de las víctimas ecuatorianas que solicitaban la homologación de la sentencia contra Chevron Corporation. El argumento central fue la aplicación del test para el levantamiento del velo societario y la aplicación del principio de separación corporativa. En el momento de redacción del presente informe está todavía pendiente la interposición de un recurso de apelación ante la Corte Suprema, que podría aceptar el caso aun a pesar de que las y los demandantes no han podido cumplir con la orden de pagar cerca de US\$ 300.000 en costos judiciales para hacerlo.

En este informe se analiza la información relativa a las sentencias que han puesto fin a cada uno de estos procesos iniciados en Canadá. La última sentencia emitida el 23 de mayo de 2018 (Yaiguaje v. Chevron Corporation, 2018 ONCA 472) ha sido emitida por la Corte de Apelación de Ontario ante el pedido de María Aguinda y otros ecuatorianos de homologar la sentencia contra Chevron Corporation que fue rechazado en primera instancia.

Tras la sentencia de la Corte Suprema admitiendo jurisdicción sobre la demanda de homologación de la sentencia, las partes acordaron someterse a un proceso sumario para determinar si los activos y acciones de Chevron Canada estaban disponibles para satisfacer la deuda de Chevron Corporation. En primera instancia prevaleció la opinión de Chevron y los jueces rechazaron la idea de que Chevron Corporation se beneficiaba de intereses indirectos en Chevron Canada, como dueño del 100% de sus acciones, mediante una cascada de subsidiarias intermediarias.¹⁸⁷

En segunda instancia, las y los ecuatorianos incluyeron a una nueva empresa subsidiaria, intermedia entre Chevron Corporation y Chevron Canada, en la parte demandada. Además, presentaron una nueva evidencia respecto del control de Chevron Corporation sobre sus subsidiarias y debatieron las costas legales en casos de interés público. Sin embargo, la Corte unánimemente rechazó la demanda y, con diferentes argumentos, centró su decisión en la aplicación del test para levantar el velo societario.

En su demanda, las víctimas afirmaron que la Corte podía levantar el velo societario siempre que sea justo. Al contestar, la Corte empezó reconociendo que “Este es un caso trágico” (párrafo 8) porque no se puede negar que los ecuatorianos han sufrido graves daños a sus tierras, su salud y su modo de vida” y que es comprensible su frustración por la imposibilidad de acceder a la justicia. Sin embargo, sostiene que los jueces están obligados a decidir los casos en manera consistente con la ley, conforme ha sido desarrollada en la jurisprudencia.

¹⁸⁷ Podemos encontrar distintas manifestaciones declaraciones y admisiones llevadas a cabo por Chevron Corp. frente al Securities and Exchange Commission, a través de la forma 10-K, en donde se declara que Chevron Canadá es una empresa que está bajo el control y propiedad de Chevron Corp, en su totalidad, mediante una serie de empresas intermediarias estructuradas en 6 niveles de subsidiarias.

La Corte consideró que la interpretación propuesta por las y los demandantes ecuatorianos requeriría cambios profundos en su legislación mercantil¹⁸⁸ y que la petición fundamentada en la equidad o *justicia* ignoraba 20 años de jurisprudencia sobre el levantamiento del velo¹⁸⁹.

La opinión mayoritaria de los jueces afirmó que los bienes de Chevron Canadá no estaban disponibles para satisfacer deudas de Chevron Corporation bajo el Acta de Ejecución porque aquella no era propiedad directa de ésta. Además, rechazó el argumento de que la Corte puede perforar el velo societario por motivos de equidad. En su opinión, esto podría conducir a aplicación indiscriminada de la equidad para levantar el velo societario, y eso podría producir inestabilidad en el mundo corporativo. La opinión minoritaria (Nordheimer J.A.), por otro lado, reconoció que todavía queda por discutir acerca del rol de la equidad en la perforación del velo societario, pues podrían existir circunstancias excepcionales, basadas en la equidad, que lo justifiquen más allá de aquellas dispuestas en su jurisprudencia anterior¹⁹⁰:

Más allá de las condiciones para el levantamiento del velo societario, la Corte opinó que el Acta de Ejecución tiene la función de facilitar el cobro de obligaciones judiciales, pero no conlleva nuevos derechos sustantivos para los acreedores. En tal virtud, la Corte no encontró motivo para reinterpretar normas de derecho corporativo que han estado vigentes hace décadas y en las que confían no solo los accionistas, sino las personas que hacen negocios con corporaciones canadienses. Partiendo de la doctrina de la separación de la personalidad jurídica, las empresas tienen la seguridad de que no se van a ver afectadas por las deudas que puedan tener otras empresas del mismo grupo corporativo.

Las y los demandantes de Ecuador argumentaron y aportaron pruebas para demostrar que Chevron Corporation controlaba y era propietaria absoluta de Chevron Canadá, y que, como tal, se beneficiaba de la propiedad de los activos de ésta, por lo que dichos activos serían exigibles en aplicación del Acta de Ejecución. Es decir, para las demandantes no era posible estimar la aplicación del principio de la separación corporativa debido a que Chevron Canadá era un activo

¹⁸⁸ If this court endorsed this interpretation it would result in significant changes to fundamental principles of our corporate law and the law of execution. It would also create new substantive rights arising from what is supposed to be a purely procedural statute. (párrafo 9)

¹⁸⁹ La Corte aplicó el denominado test Sharpe J. Como parte de este test, los demandantes debían probar que la subsidiaria sea totalmente controlada por la matriz o que haya sido establecida con un propósito fraudulento o ilegal. De acuerdo a la Corte, los demandantes ecuatorianos no pudieron probar la existencia de esta circunstancia. De hecho, nunca se alegó ninguna conducta impropia por parte de Chevron Canada. Vid. Sharpe J. in Transamerica Life Insurance Co. of Canada v Canada Life Assurance Co., (1996), 28 OR (3d) 423 (Gen Div), aff'd (1997) 74 ACWS (3d) 207 (Ont CA).

¹⁹⁰ "It would take much stronger language in the jurisprudence, or a clear statutory amendment, to displace or limit the courts' equitable power to pierce the corporate veil in those extraordinary situations where liability has been established but the judgment creditor is nevertheless left without any remedy because of the judgment debtor's internal corporate structure". (Pa 115)

de Chevron Corporation porque era el único propietario del 100% a lo largo de la cadena de subsidiarias¹⁹¹.

El abogado que representó a los ecuatorianos ante las Cortes de Canadá hizo dos preguntas claves a los jueces y les pidió que las trasladaran a los abogados de Chevron. Las respuestas permiten entrever el fondo del asunto en discusión: la primera pregunta fue, si sería posible ejecutar las acciones de Chevron Canadá si esta fuera una subsidiaria directa de Chevron Corporation; y la segunda, solo en caso de que la respuesta a la primera fuere afirmativa, qué diferencia en la actuación de la empresa se deriva del hecho de poseer seis niveles de subsidiarias, considerando que Chevron ha reconocido que éstas empresas no realizan ninguna actividad y que son (cascarones) controladas en su totalidad por Chevron Corporation. A la primera pregunta los abogados de Chevron contestaron afirmativamente, es decir, si Chevron Canadá fuera una subsidiaria en primer nivel sus activos estarían disponibles para ejecutar la deuda de Chevron Corporation; mientras que, a la segunda pregunta, los abogados de Chevron antepusieron el principio de la separación corporativa.

Finalmente, la Corte consideró que la verdadera razón para que las y los demandantes ecuatorianos hayan presentado esta demanda ante las Cortes de Canadá era su incapacidad para ejecutar el juicio en los Estados Unidos¹⁹². De este modo, la Corte reconoció que en Estados Unidos no se puede cobrar la sentencia ecuatoriana por una orden judicial de ese país que la considera fraudulenta y que ese es el motivo por el que los ecuatorianos les piden que resuelvan una demanda de homologación de sentencia que, en su opinión, implicaría cambiar radicalmente sus normativa interna. Finalmente, rechazando el pedido de homologación, la Corte de Apelaciones de Ontario, impuso a las y los ecuatorianos demandantes la obligación de cancelar 300.000 dólares canadienses para poder presentar su caso ante la Corte Suprema.

¹⁹¹ Chevron Corporation, empresa matriz, posee el 100% de las acciones de Chevron Investments Inc (primer nivel), que a su vez posee el 100% de acciones de otras subsidiarias (segundo nivel), que son dueñas de otras empresas subsidiarias en su totalidad (tercer nivel), que son dueñas otra compañía (cuarto nivel) que es dueña de otra compañía (quinto nivel) que dueña de Chevron Canadá Capital Company (sexto nivel), que es dueña de Chevron Canadá. Chevron Canadá es una subsidiaria de séptimo nivel de Chevron Corporation

¹⁹² Hourigan J.A. declaró que: "Whatever the reason for not enforcing the Ecuadorian Judgment in the United States, it is clear that the difficulties the appellants are encountering in collecting the judgment are not related to Chevron Corporation's structuring of its subsidiaries. What we are really being invited to do is to assist the appellants in doing an end-run around the United States court order by breaking with well-established jurisprudence and creating an exception to the principle of corporate separateness that is both ill-defined and will be unnecessary for similarly situated judgment creditors." (Pa 82)

2.4. Los obstáculos derivados de las carencias del derecho penal internacional: el proceso fallido contra la dirección de Chevron ante la Corte Penal Internacional

Los afectados ecuatorianos llevaron su demanda ante la Corte Penal Internacional, en un intento de responsabilizar al CEO de Chevron, John Watson, por crímenes contra la humanidad. El argumento consistía en que John Watson mantenía intereses personales en evitar la resolución del conflicto respecto de las víctimas ecuatorianas y que su decisión de no cumplir con la sentencia ecuatoriana estaba causando sufrimiento y muertes a un grupo determinado de población ecuatoriana.¹⁹³

Aunque se trataba de una acción novedosa, las y los afectados ecuatorianos tenían esperanzas de que el Estatuto de Roma¹⁹⁴ fuera aplicable a esta situación particular. John Watson fue el responsable de la fusión entre Chevron y Texaco (un negocio de poco más de 7 billones de dólares) y fue aplaudido por esto, considerándolo el “sucesor” de Rockefeller. En caso de que Chevron tuviera que pagar millones de dólares por una contaminación que causó en el origen Texaco, se revelaría que el negocio que impulsó a Watson a su puesto como CEO fue en realidad profundamente negativo para la compañía. Este interés personal, según la alegación de las víctimas de Ecuador, lo impulsó a desobedecer la sentencia ecuatoriana y emplear todos los recursos de la empresa que dirige para proteger sus propios intereses, aun sabiendo las consecuencias fatales para las vidas de las y los afectados ecuatorianos.

La respuesta de la Corte ante la petición de las víctimas fue una postergación de las investigaciones hasta que se *aporten más elementos* que demuestren algún delito dentro de la jurisdicción de la CPI. Es decir, en opinión de la Fiscal de la CPI, no existían elementos suficientes para iniciar una investigación contra Watson¹⁹⁵.

Es bien sabido que el Estatuto de Roma está diseñado casi para los casos de responsabilidad de actores estatales y que su estructura actual no permite que la CPI sea utilizada para proteger a

¹⁹³ Comunicación presentada el 25 de noviembre de 2014. Ver:

<https://www.eluniverso.com/noticias/2014/10/23/nota/4138391/grupo-ecuatorianos-demanda-chevron-haya>

Ver también: http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101741949/-/Ind%C3%ADgenas_ponen_nueva_demanda_a_Chevron.html#.VEqSABYU6So

¹⁹⁴ El Estatuto de Roma fue adoptado en esa ciudad el 17 de julio de 1998 durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional". Establece la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar crímenes de gran impacto para la humanidad, como el genocidio y crímenes de guerra o lesa humanidad.

¹⁹⁵ “Based on the information currently available, some of the allegations described in the Lago Agrio Plaintiffs’ communication do not appear to fall within the Court’s temporal jurisdiction, and other allegations do not appear to fall within the Court’s subject-matter jurisdiction. The Prosecutor has therefore determined that there is not a basis at this time to proceed with further analysis of the above-mentioned communication.” Ver Oficio de Referencia: OTP2014/036752, The Hague, Monday, 16 March 2015

las víctimas de los crímenes cometidos por actores empresariales, aun cuando los mismos hayan tenido el alcance de crimen contra la humanidad. En este caso se ha intentado eludir la falta de legitimación pasiva de los actores económicos imputando a la persona física responsable, sin embargo, los límites en la interpretación del Estatuto de Roma por parte de la Fiscalía, han impedido afirmar la responsabilidad penal sobre los CEOs de empresas transnacionales cuando estos son autores de decisiones que conllevan a graves crímenes contra la humanidad. Los obstáculos, la indefensión y la impunidad son totalmente evidentes.

Pero la indefensión y la impunidad no acaban aquí. Como se señaló en el marco teórico de este informe, uno de los mayores muros levantados contra la capacidad de los Estados de cumplir con su obligación de proteger los Derechos Humanos y de garantizar la existencia de mecanismos de reparación efectiva deriva de otra rama del derecho: el cuerpo normativo que protege a los inversores extranjeros (la Lex Mercatoria) y muy en particular de los Tratados Bilaterales de Inversión y de los mecanismos de ISDS. El caso Chevron es, de nuevo y por desgracia, el ejemplo paradigmático de esto.

3. El arbitraje de inversiones entre Chevron y el Estado Ecuatoriano como ejemplo de vulneración del derecho a los mecanismos de reparación en los casos de violaciones de derechos humanos cometidos por empresas¹⁹⁶

Las normas de protección de la inversión extranjera y los mecanismos que establecen pueden provocar una restricción de la capacidad de los Estados de asegurar sus obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esta afirmación, que se ha desarrollado el punto tercero de la Parte I del presente informe, encuentra su plasmación paradigmática en el conjunto de procesos instados por Chevron contra el Estado de Ecuador ante mecanismos de arbitraje para la protección de los intereses de inversores extranjeros.

El presente epígrafe se dedica a analizar estos casos, comenzando por un breve resumen del escenario normativo sobre el que se asientan las demandas para recorrer los tres casos (Chevron I, II y III), y a estudiar sus consecuencias sobre el derecho al acceso a la justicia de las víctimas y sobre la capacidad del Estado de Ecuador de cumplir con sus obligaciones respecto de los Derechos Humanos. En este sentido, no van a analizarse las circunstancias del fondo del caso según lo planteó Chevron, es decir, no se va a valorar si la sentencia contra Chevron dictada en Lago Agrio fue adoptada o no siguiendo el debido proceso y sin el alegado fraude. Tal circunstancia, por otro lado desmentida por el Gobierno ecuatoriano y por testimonios de los

¹⁹⁶ Capítulo redactado por Adoración Guamán Hernández (PhD). Profesora titular de derecho de la Universitat de València.

propios testigos de Chevron que se retractaron de sus acusaciones¹⁹⁷, queda fuera de este estudio, cuyo objetivo es otro.

Como se señaló en la introducción, el interés del análisis que sigue reside en evidenciar la colisión entre los mecanismos de acceso a la reparación (a la justicia) reconocidos por las normas internacionales y nacionales a las personas y aquellos reconocidos a los actores económicos. Por ello, las siguientes páginas se enfocarán al análisis del arbitraje en cuanto a procedimiento, revisando la amplia jurisdicción del tribunal arbitral, la extensión de la aplicabilidad del TBI, la afectación de derechos de terceros y las implicaciones de los laudos respecto de la obligación del Estado de garantizar el acceso a la reparación y a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Como nota importante, debe remarcarse que, a efectos de economía del lenguaje, a partir de este momento se utilizará la denominación “Chevron”, “Demandantes” o sencillamente “las Empresas” para identificar al conjunto de actores económicos que demandaron a Ecuador en esto tres casos y que engloban tanto a Chevron Corporation como a Texaco Petroleum Company (TexPet en Ecuador)¹⁹⁸.

3.1. El escenario: la política de comercio e inversión del Ecuador y la denuncia de los tratados bilaterales de inversión.

Hasta el año 2017, la República del Ecuador había destinado un total de 1.498'045.386 dólares, monto que equivale al 5,8% del Presupuesto General del Estado de ese año, al pago de las condenas y costas derivadas de procedimientos de arbitraje de inversiones por demandas de empresas como IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy y Chevron¹⁹⁹. Las

¹⁹⁷ Es importante recordar que las acusaciones de Chevron contra la sentencia y el conjunto del proceso se han basado en buena medida en el testimonio del ex juez Alberto Guerra. En el juicio del caso RICO, este ex juez afirmó haber intentado vender la sentencia por una alta cantidad de dinero, primero a la empresa y luego a los demandantes. Según el testimonio inicial de Guerra, los demandantes accedieron y redactaron la sentencia. El propio Guerra desmintió su testimonio en el interrogatorio desarrollado durante el arbitraje. Guerra confesó haber tenido problemas de dinero y haber aceptado diversas cantidades de Chevron (Vid. Transcripción. Interrogatorio a Alberto Guerra. Audiencia Chevron III. Washington 22 de abril a 8 de mayo de 2014). Además, en el caso RICO quedó probado que Guerra y su familia se instalaron en EEUU Estados Unidos. Chevron pagó la mudanza y le abonó 10.000 USD\$ al mes, más seguros de salud, gastos de defensa jurídica, etc.

¹⁹⁸ Los detalles sobre la fusión de estas dos empresas pueden encontrarse en el relato del caso, realizado en el apartado 2.

¹⁹⁹ Para una visión de conjunto de estas demandas es fundamental la lectura del informe CAITISA, disponible en: <http://www.caitisa.org/>. Con el propósito de realizar una auditoría integral con acompañamiento ciudadano de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBI) y del Sistema de Arbitraje Internacional, que

demandas se basaron en los tratados bilaterales de inversión, un total de 27, que el Ecuador suscribió entre 1968 y 2002²⁰⁰. La gran mayoría de los mismos, 16, se negociaron bajo el gobierno de Sixto Durán Ballén, es decir, en los años noventa, siguiendo la tónica del auge de la firma de estos tratados, impulsada por el llamado Consenso de Washington, que marcó la política comercial de década en la región.

En directa reacción a estas demandas y a la política de inversión y comercio exterior desarrollada por los diferentes gobiernos en la década señalada, la Constitución de Montecristi del año 2008, vigente en la actualidad, supuso un giro radical en la política ecuatoriana de comercio e inversión. El artículo 416 de la Constitución de la República establece que las relaciones de Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores. En cuanto a los tratados e instrumentos internacionales, el artículo 417 determina que se aplicarán los principios pro ser humano. Pero son los arts. 421 y 422 los fundamentales para el tema que nos ocupa, por lo que merece la pena citarlos de manera literal:

examine su legitimidad, legalidad e impacto de aplicación, Ecuador conformó en el año 2013 la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). La CAITISA estuvo conformada por expertos en materia de Inversiones y Derecho Internacional que representan a la Sociedad Civil, y por el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo; La Secretaria Nacional de Gestión de la Política; El Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República; y, el Ministro de Relaciones Exteriores, como representantes del Estado ecuatoriano. La CAITISA fue creada mediante Decreto Ejecutivo N°1506 el 6 de mayo de 2013, el precedente utilizado fue la experiencia de la auditoría integral del crédito público realizada entre 2007 y 2008. Sus miembros analizaron el proceso de negociación de los TBI y otros acuerdos de inversión suscritos por el país, así como, la validez y pertinencia de laudos, procedimientos, actuaciones y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones, todo en el marco del derecho nacional e internacional. El informe final fue entregado el día 8 de mayo de 2017 y puede encontrarse en <http://www.caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>. En la entrega del informe, la presidenta de la Comisión, Cecilia Olivet, señaló que “La comisión concluyó que estos tratados no han traído inversión. El sector que presenta mayor cantidad de demandas es la explotación petrolera; se ha hecho un análisis de los casos y los inversores han salido favorecidos en un 67%”. Además, Olivet indicó que “mientras las promesas de inversiones y desarrollo no se materializaron, los costos han sido extraordinarios” (...) “El total de las demandas de inversores contra el Estado ha sido de 21.200 MMUSD, de los que ya se han desembolsado como pago 1.498 MMUSD que representa el 31% del presupuesto de educación, 62% de salud y vivienda para 239.000 familias. Además, 1.342 MMUSD se destinaron para el pago a Oxy, Chevron, Duke Energy, Noble Energy; y otros 156 MMUSD a árbitros y bufetes de abogados”.

²⁰⁰ Suiza (1969), Uruguay (1985), Egipto (1992), Estados Unidos, Chile y Venezuela (1993); Paraguay, Argentina, China, Gran Bretaña, El Salvador y Francia (1994); Bolivia (1995); Panamá, Alemania, Rumania, Rusia, Canadá y España (1996); Cuba (1997), República Dominicana (1998), Países Bajos y Perú (1999), Nicaragua y Honduras (2002); Suecia, Italia, Finlandia y Costa Rica (2001); Guatemala (2002). Cabe recordar que tres de los acuerdos no entraron en vigor: Panamá, Costa Rica y Rusia. De los restantes, el acuerdo con Egipto, se extinguió el 19 de abril de 1995 por la no renovación de las partes.

Art. 421.- La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos.

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional

La Constitución también establece de manera clara los objetivos de la política comercial, en su artículo 304, mientras que en el artículo 339 afirma la obligación del Estado de promover las inversiones nacionales y extranjeras y establecer regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Además, advierte en la misma disposición que la inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados

De esta manera, la Constitución de Montecristi ponía las bases para el desarrollo de una serie de políticas que responden a la clara voluntad del constituyente de mantener la soberanía y primar la satisfacción de las mayorías sociales y la consecución de la realización de los derechos plasmados a lo largo del articulado constitucional frente a cualquier otro objetivo de índole comercial. Con mayor o menor acierto técnico en la redacción, la voluntad del constituyente, plasmada en las actas, fue clara: se pretendía evitar futuras demandas de inversores extranjeros al Ecuador²⁰¹.

A partir de estos parámetros, debe recordarse que Ecuador acometió, entre el año 2019 y el año 2017, las siguientes actuaciones: denuncia del convenio con el CIADI; denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión; propuesta de un nuevo sistema de resolución de controversias en el

²⁰¹ Así se deriva, por ejemplo, de la intervención de la Asambleísta Alexandra Ocles el 22 de abril de 2008, que afirmó que “En el artículo 8, queremos hacer una mención especial, y es que el espíritu de este artículo es rechazar el arbitraje que se presenta entre el Estado y las personas de derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales...” (Vid. Acta Número 038 de 22 de abril, página 132).

marco de la UNASUR; realización de la auditoría a los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones, con la creación de la CAITISA (Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje); propuesta de creación de un organismo de control tributario en el seno de las Naciones Unidas; consulta popular sobre el llamado “pacto ético” y la utilización de los paraísos fiscales y aprobación de la ley correspondiente²⁰²; el impulso para la creación de un Instrumento Vinculante en materia de transnacionales y derechos humanos, en el marco de la Organización de Naciones Unidas y de la Resolución 26/9²⁰³.

Además, en abril de 2013, se convocó la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales, realizada en Ecuador, donde se acordó la creación de Observatorio Internacional para hacer seguimiento, análisis y estudio de la situación de los litigios que mantienen las naciones con empresas transnacionales en materia de inversiones. Posteriormente, en la segunda reunión de la Conferencia, se adoptó la Resolución de Caracas, en 2014²⁰⁴, donde un amplio conjunto de países se comprometió no solo a la creación del *Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales*, sino también a la formación del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), como instancia alternativa para la solución de controversias en materia de inversiones.

El 3 de mayo de 2017, la Asamblea Nacional ecuatoriana aprobó la denuncia de 12 Convenios de Protección y Promoción de la inversión, una denuncia que ya contaba con un pronunciamiento favorable de la Corte Constitucional. Cumplidos estos dos requisitos, el 16 de mayo de 2017, el Presidente de la República, mediante sendos Decretos Ejecutivos, procedió a denunciar y declarar terminados 16 acuerdos, ordenando la comunicación a las contrapartes²⁰⁵.

²⁰² El 19 de febrero de 2017, coincidiendo con la primera vuelta de las elecciones presidenciales y legislativas, se convocó una Consulta Popular donde se planteó la siguiente pregunta; “¿Está usted de acuerdo en que para desempeñar una dignidad de elección popular o para ser servidor público, se establezca como prohibición tener bienes o capitales, de cualquier naturaleza, en paraísos fiscales? El sí ganó con el 55,12% de los votos. El 6 de julio del mismo año, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó la ley de paraísos fiscales, con 107 votos afirmativos y 18 negativos.

²⁰³ Sobre esta Resolución y el desarrollo de su contenido se remite Guamán, A., González, G., *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete. 2018.

²⁰⁴ Suscrita por Ecuador, República Dominicana, Cuba, Bolivia, San Vicente y las Granadinas y la República Bolivariana de Venezuela, los Estados Observadores representados por Guatemala, El Salvador, Argentina, México y Honduras y los Estados invitados representados por Antigua y Barbuda, Granada, Uruguay, Angola, Argelia, Barbados, Qatar, Chile, Colombia, Indonesia, Jamaica, Laos, Malasia, Namibia, Palestina, Paraguay, Perú, Zimbabue, Costa Rica, Panamá, India y Rusia.

²⁰⁵ Decretos ejecutivos del 1399 al 1414, suscritos el 16 de mayo de 2017.

Se culminaba así una línea de trabajo que comenzó en el año 2008 con el inicio por el ejecutivo del trámite de denuncia de 9 tratados bilaterales de inversión (con República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Uruguay, Paraguay y Rumania)²⁰⁶. Este primer proceso de “desenganche” de la arquitectura de la protección de la inversión extranjera comenzó bajo el marco de la Constitución de 1998, la cual exigía únicamente la decisión del ejecutivo para completar el proceso de denuncia.

Posteriormente, en el año 2009, el Ecuador denunció el Convenio de Washington de 1965 que creó el CIADI²⁰⁷. Ya vigente la Constitución de Montecristi, en el año 2010, el ejecutivo comenzó el proceso de denuncia de los acuerdos de inversión con Finlandia, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Suecia, Países Bajos, Venezuela, China, Chile, Suiza, Canadá, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Perú, España e Italia²⁰⁸. La denuncia se fundamentó en el artículo 422 de la Constitución. Antes de que se culminara este proceso de denuncia, Ecuador había sido demandado en 26 procesos arbitrales, en los que se había utilizado el TBI con EEUU hasta en 16 ocasiones, seguido por el TBI con Canadá, España, Francia, Bolivia y Argentina.

El proceso de denuncia de los TBI bajo el nuevo marco constitucional exige cinco etapas, siguiendo el artículo 438.1 de la Constitución, cuyo recorrido ha durado casi siete años. Estas cinco etapas son: dictamen de la Corte Constitucional; informe de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional; debate y votación del Pleno de la Asamblea Nacional; publicación en el Registro Oficial de la denuncia aprobada por el Legislativo; emisión del Decreto Ejecutivo mediante el cual el Presidente de la República declara la denuncia del convenio y notificación de la denuncia a la otra parte del acuerdo. Dicho proceso comenzó mediante oficio No. Y.4766-SNJ-10-21 del 06 de enero del 2010 enviado a la Corte Constitucional, en el cual, el Presidente de la República indicó que:

"Adjunto al presente las copias certificadas de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, suscritos por la República del Ecuador con distintos países, los mismos que contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana. Los tribunales

²⁰⁶ Debe recordarse que la totalidad de estos acuerdos tienen una cláusula de supervivencia de 10 años, incluida para la protección de los inversores en caso de denuncia.

²⁰⁷ Esta denuncia se materializó mediante Decreto Ejecutivo 1823, de 2 de julio de 2009 del presidente de la República, Rafael Correa y notificación del entonces canciller, Fander Falconí, al Banco Mundial. La denuncia tuvo efecto desde el 7 de enero de 2010. Según el informe de la CAITISA, la adhesión del Ecuador al CIADI presentó una serie de irregularidades jurídicas que se sumaban a la vinculación del entonces canciller, Edgar Terán, con diversas empresas que demandaron posteriormente al Ecuador utilizando el CIADI (Vid. Informe CAITISA, p. 29 y 30).

²⁰⁸ La cláusula de supervivencia de estos acuerdos oscila entre los 10 y los 15 años.

arbitrales a los que dichos tratados obligan a someter jurisdiccionalmente al Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de "inversión", llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido "arbitrarias" o "discriminatorias". Lo que es peor, a pesar de que la mayoría de estos tratados han respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversión, los tribunales arbitrales la han desconocido en ocasiones, cuando han considerado que una medida tributaria es "confiscatoria". (...)

Por estas razones y “con el fin de evitar que situaciones como las antes expuestas sigan perjudicando al país y sus ciudadanos”, el Presidente de la República solicitó el pronunciamiento de la Corte Constitucional para iniciar el procedimiento de denuncia. Los dictámenes de la Corte fueron publicados en su mayoría en el año 2010²⁰⁹, pero algunos se demoraron hasta el 2013²¹⁰ y el 2014²¹¹.

La totalidad de los dictámenes siguió una línea general conjunta, analizando la constitucionalidad en los mecanismos de arbitraje obligatorio para la solución de controversias, incorporados en estos acuerdos, a la luz del artículo 422 de la Constitución.

Es importante prestar una especial atención al acuerdo sobre protección y promoción recíproca de inversiones entre EEUU y Ecuador (en adelante TBI)²¹², incluido como ANEXO I en el presente informe. El acuerdo, que no entró en vigor hasta 11 de mayo de 1997, incluía un mecanismo de solución de controversias inversor-Estado de tipo clásico, que fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional del Ecuador en su Dictamen de enero de 2011. En concreto, interpretando la compatibilidad entre el mencionado TBI y el artículo 422 de la Constitución de 2008, la Corte afirmó que:

“(a)l respecto, la norma constitucional es muy clara al señalar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo que, en concordancia con lo expresado en el análisis de ambos artículos, atentaría en contra del principio de supremacía constitucional, en el sentido de que podrían generarse controversias en

²⁰⁹ En el año 2010 se publicaron los dictámenes de la Corte Constitucional respecto de los convenios con: Gran Bretaña, Alemania, Finlandia, Canadá, Suecia, Países Bajos, Francia, Suiza, EEUU, Chile, Venezuela y China.

²¹⁰ En el año 2013 se publicaron los dictámenes respecto de los convenios con: España, Perú, Argentina e Italia.

²¹¹ En el año 2014 se publicó el dictamen respecto del convenio con Bolivia.

²¹² Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, suscrito el 27 de agosto de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo N. 3143 del 13 de octubre de 1995. Su entrada en vigor se produjo el 11 de mayo de 1997.

cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República. En aquel sentido, mantener este mecanismo de solución de conflictos, atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales”²¹³.

En su fallo, la Corte dictaminó la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos: VI, numeral 2, literales a, b y c²¹⁴; VII²¹⁵ y X del "Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones". De esta inconstitucionalidad nos interesa especialmente la afirmada respecto del artículo VI.2 del Tratado, donde se contiene el reconocimiento de la capacidad de las partes implicadas en la diferencia relativa a una inversión de acudir a un mecanismo arbitral de solución de controversias. Este artículo se consideró contrario a la disposición 422 de la Constitución de la República del Ecuador.

Debe remarcarse que, como se señaló en el apartado segundo de este informe, la empresa Texaco, luego Chevron, abandonó el territorio del Ecuador y por tanto su inversión en este país en el año 1992. El Tratado con Estados Unidos fue suscrito el 27 de agosto de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo N. 3143 del 13 de octubre de 1995. Su entrada en vigor se produjo el 11 de mayo de 1997.

A pesar de haber finalizado su inversión en el Ecuador, cuestión sin duda polemizada por la empresa y a la que se prestará especial atención en las siguientes páginas, Chevron utilizó el TBI, que entró en vigor de manera posterior a los hechos, para plantear tres arbitrajes diferentes contra la República del Ecuador. El análisis de estos tres procedimientos arbitrales debe realizarse teniendo en cuenta las etapas del proceso judicial antes señalado. Como se va a evidenciar, en los tres casos la utilización del mecanismo de arbitraje de inversiones ha respondido a una actuación defensiva de la empresa, persiguiendo el objetivo de obtener por la vía del arbitraje y la protección que le otorga el derecho comercial la impunidad frente a las condenas recaídas en la jurisdicción ordinaria. Los tres procesos arbitrales iniciados por Chevron contra el Ecuador, en particular el caso Chevron III, evidencian cómo el derecho al acceso de

²¹³ DICTAMEN N. 043-10-DTI-CC. CASO N. 0013-10-TI. Registro Oficial Suplemento 359 de 10-ene.-2011

²¹⁴ Art. 6.-2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o
- A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o
- Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

²¹⁵ La Corte declara inconstitucional el artículo relativo al mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado pero también, equiparándolo erróneamente el mecanismo de arbitraje para controversias Estado-Estado y el artículo 10 sobre cuestiones tributarias.

mecanismos de garantía de reparación efectiva por violaciones de derechos humanos, en particular los judiciales, se quiebran cuando se otorga a los culpables, los actores empresariales, derechos específicos para proteger sus intereses.

Antes de comenzar con el análisis de los procedimientos, y a efectos de una adecuada comprensión de las pretensiones de las partes y su fundamento, es necesario dedicar un epígrafe a los llamados “acuerdos de liberación”.

3.2. El contenido de los llamados “acuerdos de liberación” (1995, 1996 y 1998).

En el debate actual acerca del impacto de las normas de atracción de la inversión extranjera sobre los modelos de democracia y los derechos humanos, uno de los conceptos más señalado es el de “captura corporativa” o “captura regulatoria”²¹⁶. Según el análisis elaborado por la Red-DESC, en su proyecto sobre captura corporativa, la misma “se refiere a los medios por los cuales una élite económica socava la realización de los derechos humanos y medioambientales mediante el ejercicio de una influencia indebida sobre las instituciones y los responsables de tomar decisiones en el ámbito nacional e internacional”. Entre los elementos de esta captura destacan la manipulación de la comunidad; la “diplomacia” económica²¹⁷; la interferencia en el sistema judicial²¹⁸; la interferencia política y legislativa²¹⁹; la privatización de los servicios de

²¹⁶ Con carácter reciente sobre estos conceptos vid. Castellani, A., “Lobbies y puertas giratorias: los riesgos de la captura de la decisión pública revista Nueva Sociedad No276, julio-agosto de 2018, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.

²¹⁷ Con este concepto se señala “el apoyo de misiones diplomáticas que promueven los intereses de las empresas de sus países que operan en el extranjero en casos en los que estas acciones son a expensas de los derechos humanos de la población local. En su peor forma, las misiones diplomáticas han defendido actividades cuestionables y han brindado apoyo a “sus” empresas cuando se ven implicadas en graves violaciones de derechos humanos en países extranjeros”. Vid. <https://www.escri-net.org/es/corporateaccountability/corporatecapture/caracteristicas-captura-corporativa>.

²¹⁸ Según el análisis de la Red-DESC: “La interferencia en el sistema judicial consiste en la influencia que las empresas ejercen sobre las actuaciones y las resoluciones de los tribunales que ofrecen resultados favorables para las compañías y socavan el debido proceso y los esfuerzos para acceder a la reparación y la rendición de cuentas. La interferencia judicial se ha visto facilitada en reuniones patrocinadas por empresas para funcionarios judiciales y, en otras ocasiones, cuando las empresas han ejercido una influencia en sus lugares de origen para intervenir en casos legales que involucran violaciones de derechos humanos para argumentar a favor de los intereses de los acusados corporativos”. Vid. <https://www.escri-net.org/es/corporateaccountability/corporatecapture/caracteristicas-captura-corporativa>.

²¹⁹ Según el análisis de la Red-DESC: “La interferencia legislativa y política se refiere a la presión ejercida sobre las legislaturas y los responsables políticos por las empresas y sus representantes para proporcionar mejores oportunidades de negocios, o eliminar/debilitar la regulación de las actividades corporativas, que en última instancia socavan la protección de los derechos humanos. Entre otras formas de injerencia, estas actividades

seguridad pública; las puertas giratorias; la construcción de narrativas²²⁰ y la captura de las Instituciones Académicas²²¹. La mayoría de estos elementos han estado presentes en el caso Chevron, tanto en la rama judicial como en la arbitral.

Según se ha narrado en el análisis del proceso judicial, la empresa habría tenido el apoyo permanente de la embajada de Estados Unidos en Ecuador. Además, la confesión del juez evidenció como Chevron intentó interferir en el proceso judicial, incluso mediante el soborno de uno de los jueces. La campaña mediática lanzada por la empresa sin duda tenía como objetivo atacar al gobierno, manipular a la comunidad, criminalizar a las víctimas y denostar a los defensores de derecho humanos, a los que además la empresa ha perseguido judicialmente.

incluyen a menudo las contribuciones a campañas y otras donaciones a funcionarios electos a cambio de proyectos de ley o votos favorables para los intereses de las empresas durante los procesos parlamentarios”. Vid.

<https://www.escri-net.org/es/corporateaccountability/corporatecapture/caracteristicas-captura-corporativa>.

²²⁰ Según el análisis de la Red-DESC: “Las corporaciones influyen la opinión pública, manipulando los medios de comunicaciones y propagando narrativas dominantes sobre progreso y desarrollo. La deslegitimación de las luchas de los grupos afectados y de las comunidades que se oponen a intereses corporativos se han tornado una práctica creciente común. Las narrativas son muchas veces usadas para justificar la privatización de servicios públicos esenciales (muchas veces afectando derechos humanos, como el derecho al agua, saneamiento básico, salud y educación); el uso de los recursos públicos – por la vía de subsidios o políticas, con el apoyo de agencias de crédito o otras formas de financiación – para avanzar intereses privados por actores corporativos y la implementación de proyectos de larga escala en el nivel local”. Vid. <https://www.escri-net.org/es/corporateaccountability/corporatecapture/caracteristicas-captura-corporativa>.

²²¹ Uno de los ejemplos paradigmáticos, más relevantes y más comentados ha sido la actuación de Douglas Cassel,

profesor universitario que escribió en defensa de Chevron y criticando la estrategia jurídica de la defensa de las víctimas y el proceso contra la transnacional. La intervención de Cassel a favor de Chevron puede encontrarse en una carta abierta ampliamente difundida a través de este enlace:

<https://www3.nd.edu/~ndlaw/faculty/cassel/Openletter3-1-12.pdf>. La coincidencia entre los argumentos del profesor de la Notre Dame Law School de EEUU y los argumentos de Chevron en el caso ante el tribunal arbitral, conocido como Chevron III, son evidentes. Como muestra, puede recogerse este fragmento: “The Lago Agrio judgment was orchestrated by lawyers who purport to represent a group of Ecuadorian plaintiffs, yet tried to stop environmental clean-up because it might “destroy evidence” for their case, and who gave the Correa government a free pass for environmental damage -- even though the only company pumping oil near Lago Agrio for the last two decades has been the state oil company. (The lawyers did not assert individual claims of harm, but only collective claims to redress environmental harm.)”. Una respuesta a esta carta puede encontrarse en:

<http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/CasselFinal1.pdf>. La contestación del profesor fue difundida por la web desde la cual Chevron ha lanzado una dura campaña contra las víctimas y sus defensores

(<http://www.juiciocrudo.com/documentos/la-estafa-a-chevron-en-el-ecuador-respuesta-de-doug-cassel-profesor-de-derecho-en-la-universidad-de-notre-dame-traduccion.pdf>). La amplia denuncia de la captura corporativa de este profesor puede encontrarse en los siguientes enlaces:

http://www.csrwire.com/press_releases/38291-Notre-Dame-Law-Professor-Under-Scrutiny-for-Accepting-Chevron-Funds-to-Attack-Ecuadorian-Villagers;

http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818788543.

Más allá de estas cuestiones, ya señaladas en los epígrafes iniciales, es importante centrar la atención en este momento en la interferencia política y legislativa, cuyo mayor exponente es, sin duda, el contrato de 1995 firmado entre TexPet y el gobierno del Ecuador y que se ha convertido en la piedra angular de la totalidad del proceso arbitral: el “Contrato para la ejecución de trabajos de reparación medioambiental y liberación de obligaciones, responsabilidades y demandas, fue celebrado entre el Gobierno del Ecuador, Petroecuador y Texpet, el 4 de mayo de 1995”²²². En este contrato Texpet (subsidiaria de Texaco, luego Chevron) se comprometió a realizar un trabajo de reparación ambiental según se establecía en el propio contrato. A cambio, el gobierno le garantizaba una amplia impunidad respecto de sus acciones, es decir, el ejecutivo se comprometía a no interponer ni directamente ni vía Petroecuador una demanda contra las empresas “exoneradas”.

Para entender la amplitud de esta exoneración es fundamental la lectura de los apartados 1 y 2 del artículo 5 del contrato. Según esta disposición, a la fecha de la firma y en consideración del acuerdo de TexPet de realizar el trabajo de reparación medioambiental:

“El Gobierno y Petroecuador liberarán absolverán y descargarán para siempre a TexPet y a todos sus respectivos agentes, sirvientes, empleados, funcionarios, directores, representantes legales, aseguradores, abogados, indemnizadores, garantes, herederos, administradores, ejecutores administradores, ejecutores, beneficiarios, sucesores, predecesores, principales y subsidiarias (...) (a las que se denominar Exoneradas) de cualquier forma de demanda del Gobierno y Petroecuador en contra de las exoneradas por Impacto Ambiental resultante de las Operaciones del Consorcio, a excepción de aquellas relacionadas con las obligaciones del contrato, las cuales serán liberadas conforme se vaya ejecutando el trabajo de reparación ambiental de conformidad con lo previsto en el mismo (...)”

(...)

“Adicionalmente, el Gobierno y Petroecuador convienen en que esta liberación de demandas y compromisos no será nunca ofrecida o admitida como evidencia contra TexPet o interpretada como confesión o o admisión de responsabilidad en cualquier juicio o procedimiento judicial”

“El Gobierno y Petroecuador entienden por demandas cualquiera y todas las demandas, derechos de demandas, deudas, embargos, acciones y multas por causas de orden común de derecho civil o de equidad basadas en contratos o hechos dolosos, causas de

²²² El texto original de este contrato de 1995 puede encontrar adjunto en el Primer Laudo Arbitral Parcial de la Fase I, de 17 de septiembre de 2013, disponible <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1585.pdf>.

acción y penalidad constitucionales, estatutarias, regulatorias (...) costos, juicios, liquidaciones y honorarios de abogados (pasado, presentes, futuros, conocidos o desconocidos) que el Gobierno o Petroecuador tengan o puedan tener en contra de cada liberación relacionada de alguna manera con la contaminación, que exista o pueda surgir directa o indirectamente de las Operaciones del Consorcio, incluyendo, pero no limitándose a las consecuencias de todos los tipos de daño que el Gobierno y Petroecuador pudieran alegar con respecto de las personas, propiedad, negocio, reputaciones, y todos los otros tipos de perjuicios que se puedan medir en términos de dinero, incluyendo, pero no limitándose a transgresiones, molestias, negligencia, responsabilidad estricta, incumplimiento de garantía, o cualquier teoría o teoría potencial de recuperación”.

Cumpliendo con lo dispuesto en el Anexo A del contrato, en 1996 TexPet firmó seis acuerdos de conciliación con municipalidades, liberándose de responsabilidades derivadas de posibles demandas de estas municipalidades por actividades realizadas por el Consorcio en sus territorios. Finalmente, en septiembre de 1998, PetroEcuador, PetroProduccion y TexPet firmaron un Acta final donde certificaron que TexPet había cumplido con todas sus obligaciones bajo el acuerdo de 1995 y, por tanto, según sus disposiciones, quedaba exonerada de las responsabilidades que pudieran derivarse de una demanda interpuesta por el Gobierno o Petroecuador.

De la lectura de estos fragmentos de los acuerdos llamados “de liberación” se derivan tres afirmaciones fundamentales:

- La primera afirmación, que salta a la vista, es el carácter desequilibrado del contrato, que resulta enormemente beneficioso para una de las partes, la empresa, entendida de manera absurdamente amplia, a la que se le confiere una impunidad absoluta *frente* a las acciones del Gobierno; mientras, para la otra parte, el Estado, el contrato establece una obligación de no hacer excesivamente amplia, comprometiéndole a no perseguir, por ejemplo, posibles comisiones de ilícitos en los que pudieran haber incurrido el amplio conjunto de actores exonerados. La captura corporativa, es decir, el grado de capacidad de influencia que TexPet tuvo en 1995 sobre los miembros del gobierno de Ecuador es evidente²²³.
- La segunda afirmación es que, a pesar de su amplitud el tenor literal de la cláusula 5 del contrato delimita de manera evidente su ámbito de aplicación, obligando únicamente a las partes firmantes, es decir, el Gobierno de Ecuador, Petroecuador y TexPet, entendida esta parte empresarial de manera amplia. Así, del contenido del contrato en ningún caso

²²³ Como se señaló en el apartado 3.1.c) al mismo tiempo la diplomacia ecuatoriana afirmaba que el sistema judicial ecuatoriano era idóneo para conocer del caso, actuando contra los intereses de las víctimas demandantes.

puede derivarse su vinculación a terceros ajenos, como son los demandantes del caso Lago Agrio. Otra interpretación, la que sostiene que el Estado se comprometió a mantener la impunidad de las exoneradas incluso frente a demandas de terceros, implicaría afirmar que el Estado, para proteger a un determinado actor económico, se obligó a la vulneración de derechos humanos (como es el acceso a la justicia) presentes y futuros. En este sentido debe recordarse que en 1995 ya existían diversos procesos comenzados contra TexPet.

- En tercer lugar, es necesario remarcar que el contrato de 1995 no se está negociando una “inversión”, en el sentido del artículo 1 del TBI, sino una reparación ambiental a cambio de una garantía de liberación de responsabilidades frente a reclamaciones del Estado. Como se verá a continuación, la consideración de estos contratos de exoneración como una “inversión” en sí misma fue uno de los elementos fundamentales de las demandas que debe cuestionarse absolutamente. Las demandantes sostuvieron, para conseguir la admisión de la jurisdicción y la aplicabilidad del Tratado, que los gastos que Texpet realizó para ejecutar las medidas compensatorias y de remediación eran una inversión que entraría bajo la protección del TBI. Sin embargo, el concepto de inversión no puede abordar cualquier tipo de actuación de una empresa en un territorio de un Estado. Esto significaría que el TBI protege *cualquier* actuación de la empresa, lo que, evidentemente, vulnera el principio básico de seguridad jurídica respecto de las obligaciones a las que se compromete el Estado²²⁴.

Planteadas estas afirmaciones, surgen dos cuestiones fundamentales, cuyas respuestas se apuntan en el apartado 3.5:

- ¿Hasta qué punto puede un gobierno renunciar de una manera tan amplia de sus obligaciones respecto de la garantía de los Derechos Humanos, incluyendo obligaciones establecidas en su propia Constitución y en diversos Tratados Internacionales que le son aplicables?²²⁵

²²⁴ Solo a modo de ejemplo es interesante señalar que las definiciones de inversión extranjera incluyen habitualmente los requisitos de “interés duradero”, relación a largo plazo con una empresa estatal, influencia significativa sobre la gestión de la empresa en la que se invierte, etc... (Vid. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, París, OCDE, 1996) Ninguna de estas características podía predicarse del Contrato de 1995, cuya única finalidad era realizar unas tareas de limpieza para recibir a cambio una amplia exoneración de responsabilidades.

²²⁵ Debe recordarse que el artículo 19.2 de la Constitución vigente en el momento de la firma de los Contratos de liberación en 1995 afirmaba lo siguiente: “Art. 19.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno

- ¿Cabe proteger un contrato como este, sin duda contrario a las obligaciones del Estado establecidas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, bajo el paraguas de un TBI?

3.3. Los casos Chevron I y Chevron II.

La primera de las demandas de la empresa contra el Estado fue el caso conocido como Chevron I. En esta primera ocasión, Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company demandaron a Petroecuador ante la Asociación Americana de Arbitraje en New York el 11 de junio de 2004, menos de un año después de que se interpusiera la demanda de las víctimas contra la empresa en Lago Agrio. La demanda ante el mecanismo de arbitraje perseguía el reconocimiento del derecho de la empresa a una indemnización por las eventuales pérdidas y costas conectadas con el asunto Lago Agrio, recién comenzado. Chevron solicitaba una decisión cautelar que requiriera a Petroecuador el pago de todas las costas que pudieran derivarse del asunto Lago Agrio en el futuro, incluyendo una posible condena contra ChevronTexaco. Petroecuador y el Gobierno de la República de Ecuador respondieron con una demanda ante la Corte Distrital para el Distrito Sur de Nueva York, interpuesta el 11 de noviembre de 2004. Tras un proceso de 5 años, finalmente, el litigio se cerró en el año 2009 a favor de Ecuador, poniendo fin al primer arbitraje. Pocos meses después, y con similar pretensión de eludir una posible condena en el caso Lago Agrio, el 23 de septiembre de 2009, las mismas empresas presentaron una nueva demanda de arbitraje, esta vez basándose en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos, que como se ha reiterado, entró en vigor tras la finalización de la inversión y fue declarado inconstitucional y denunciado en el año 2017, el llamado Caso Chevron III.

Antes de entrar en este asunto, es importante analizar el procedimiento arbitral que comenzó en 2006 y que no se refiere de manera directa al caso de las víctimas contra Chevron que se ha repasado en los apartados anteriores. Cronológicamente, es el segundo caso de arbitraje de Chevron contra Ecuador, por lo que se ha denominado Chevron II²²⁶. Su estudio, forzosamente somero, es aconsejable porque a lo largo del procedimiento se han sentado conceptos fundamentales para entender el caso Chevron III.

desarrollo moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: 2.- El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente”.

²²⁶ Hart, C., “The Hegemonic Arbitrator Replaces Foreign Sovereignty: A Comment on Chevron v. Republic of Ecuador”, 8 Y.B. Arb. & Mediation 110. 2016.

En este segundo arbitraje, las empresas acusaron al estado ecuatoriano de denegación de la justicia, retraso indebido y tratamiento injusto y no equitativo. El 21 de diciembre de 2006, Chevron y Texaco presentaron una notificación de arbitraje contra el Ecuador en virtud del artículo VI(3)(a)(iii) del TBI antes señalado entre Ecuador y Estados Unidos. Este artículo del TBI dispone que las diferencias que surjan conforme al Tratado pueden someterse a un tribunal arbitral constituido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade and Law).

La acusación tuvo como origen siete casos comerciales contra el Ecuador presentados por TexPet ante los tribunales ecuatorianos entre 1991 y 1994. Estas demandas surgen de alegaciones de incumplimientos contractuales respecto de la compensación debida a TexPet conforme al Acuerdo de 1973 y al Acuerdo de 1977 respectivamente al haber adquirido a un precio especial una cantidad de petróleo superior a la convenida²²⁷. Según las demandantes, la demora de 15 años de los tribunales ecuatorianos para resolver las demandas debía considerarse una denegación de justicia conforme al derecho internacional y una vulneración de la propia normativa nacional. La empresa incluso llegó a alegar la Convención Americana de Derechos Humanos para afirmar la vulneración de su derecho a la justicia. En opinión de las empresas, esta violación del derecho internacional consuetudinario automáticamente debía considerarse un incumplimiento del TBI entre Ecuador y Estados Unidos, en virtud del artículo II(3)(a) del TBI, que establece que, “a las inversiones...en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Chevron y Texaco afirmaron que el daño causado ascendía a una cuantía de 1.605´220,793 dólares.

La cuestión más relevante para este estudio es analizar la desestimación de las objeciones a la jurisdicción presentadas por el Ecuador, es decir, la afirmación de la incompetencia del tribunal para conocer de este asunto. Las razones para negar la competencia del tribunal arbitral fueron fundamentalmente tres: abuso de procedimiento, falta de competencia material e incompetencia temporal.

²²⁷ Según los demandantes, bajo el Acuerdo de 1973, TexPet se comprometió a proporcionar petróleo para su refinación en derivados (tales como gasolina, queroseno, combustible, y otros productos basados en petróleo) para satisfacer el consumo interno, así como “Crudo de Compensación” al Ecuador para satisfacer las necesidades domésticas. Este crudo sería comprado al precio doméstico y exportado a un precio internacional. El beneficio de esta transacción se usaría para comprar productos derivados destinados para el consumo interno en el Ecuador. Según los demandantes, el gobierno de Ecuador incumplió su obligación de pagar a TexPet los precios internacionales más altos del petróleo crudo que el Gobierno solicitó para el consumo interno pero que de hecho usaba para crear productos derivados para la exportación. Como reacción a esta alegada conducta contraria a los acuerdos, las empresas petroleras iniciaron los cinco juicios contra el Gobierno del Ecuador entre 1991 y 1993, que versaban sobre las alegaciones de contribución en exceso de crudo para el consumo interno

- El Estado ecuatoriano justificó que las empresas incurrieran en un abuso de procedimiento derivado de la incoherencia existente entre su posición en el caso Aguinda, donde avalaron y reiteraron la imparcialidad y competencia del poder judicial ecuatoriano, y las alegaciones frente a este mismo poder judicial al que en este proceso acusaron por mantener una deliberada actuación orientada a obstruir su acceso a la justicia.
- Sobre la excepción *ratione materiae*, Ecuador afirmó que las demandas a las que supuestamente se había denegado la justicia no podían considerarse incluidas en la definición de una “diferencia de inversión” prevista en el artículo VI(1) del TBI. Esto sitúa la controversia fuera del ámbito material del TBI porque ni están relacionadas con un “acuerdo de inversión” ni con una infracción del tratado “con respecto a una inversión”, ni entran dentro del título “derechos conferidos por ley o por contrato”, dado que el TBI sólo cubre derechos a hacer algo o a de otra forma participar en alguna actividad sancionada por leyes análogas a los derechos bajo licencias o permisos.
- Sobre la cuestión temporal, Ecuador mantuvo la no retroactividad del TBI que impide a los Demandantes apoyarse en los “acuerdos de inversión” que habían dejado de existir cuando el TBI entró en vigor²²⁸.

Frente a estas alegaciones, las empresas demandantes afirmaron la jurisdicción del tribunal y la aplicabilidad del TBI por las siguientes razones:

- En opinión de las empresas, la definición del término “inversión” del TBI es amplia y las inversiones realizadas conforme a los Acuerdos de 1973 y 1977 “deben considerarse de tal manera que incluyan las demandas legales y contractuales que nacen de estos acuerdos y que son el objeto de los procedimientos pendientes así como los trabajos de reparación medioambiental relacionados con las operaciones de TexPet que continuaron hasta 1998, tras la entrada en vigor del TBI”.
- En el ámbito temporal, las demandantes sostienen que es suficiente con que las demandas hayan continuado existiendo tras la fecha de entrada en vigor del TBI por cuanto el mismo no excluye disputas preexistentes. En concreto, señalaron que: “El TBI necesitaría incluir lenguaje explícito para excluir tales disputas. En cambio, de conformidad con el artículo XII del TBI, las disputas simplemente tienen que ser “existentes” en el momento de la entrada en vigor para estar cubiertas por el TBI”.

²²⁸ Se recogen los argumentos recopilados en la publicación: Procuraduría General del Estado, *Caso Chevron: Defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión*, Quito, 2015. Disponible en http://www.pge.gob.ec/images/stories/boletines/lanzamientolibrochevron/libro_Caso_CHEVRON.pdf

En el Laudo Interino de 1 de diciembre de 2008 el Tribunal desestimó las objeciones del Estado de Ecuador y afirmó que disponía de jurisdicción respecto a las demandas y que el TBI era aplicable *ratione materiae* y *ratione temporis*, acogiendo el razonamiento de la empresa. En el Laudo Parcial del 30 marzo de 2010, el Tribunal decidió que el Ecuador incumplió el artículo II(7) del TBI debido a una demora indebida por parte de los tribunales de Ecuador en dictar sentencia sobre siete casos presentados por TexPet, y era responsable por los daños resultantes que afectan a los Demandantes²²⁹. En el Laudo Final de 31 de agosto de 2011 condenó al Ecuador a pagarle a las demandantes (Chevron Texaco) un total de 96.355.369,17 USD²³⁰.

La decisión fue objeto de una apelación interpuesta por el Ecuador el 1 de agosto de 2012. Tras un largo proceso y diversas instancias procesales, el 26 de septiembre de 2014, la Corte Suprema de los Países Bajos, negó el recurso presentado por Ecuador.

De este caso se derivan una serie de notas importantes, que luego se repitieron en el asunto Chevron III.

- En primer lugar, se refuerza la autoridad de los árbitros para interpretar tratados internacionales de manera “innovadora” y así dirimir asuntos donde está en juego la soberanía estatal frente a las pretensiones de las empresas. En este sentido, ha quedado claro que el tribunal decidió que el TBI podía aplicarse de manera retroactiva, con las implicaciones que luego se vieron con claridad en Chevron III.
- En segundo lugar, el caso expone el enorme poder de los tribunales de arbitraje, abriendo la puerta a una revisión de las actuaciones de la jurisdicción ordinaria, que de facto deviene así finalmente sometida a la evaluación por otra jurisdicción, en este caso la holandesa. El impacto respecto de la soberanía nacional no puede pasar desapercibido. La actuación del poder judicial de un Estado queda en manos de un tribunal de arbitraje capaz de ampliar su propia competencia, sin que el Estado demandado pueda librarse de ser sometido al procedimiento aun por hechos que ocurrieron manifiestamente antes de prestar su consentimiento al mecanismo de arbitraje.

²²⁹ Mediante este laudo, emitido en marzo del 2010, los árbitros determinaron que Ecuador debía pagar US\$ 698,62 millones. Ecuador solicitó revisión del fallo argumentando, entre otras cosas, que del monto sentenciado debería desglosarse los impuestos no pagados por la petrolera durante esos años. Luego del análisis, los árbitros consideraron que el país solo debía cancelar \$ 96,33 millones.

²³⁰ El costo del tribunal fue el siguiente: “Los honorarios y gastos de Charles N. Brower, el árbitro designado por los Demandantes, ascienden a la cantidad de 236.100,00 € y 19.404,89 €, respectivamente. Los honorarios y gastos del profesor Albert Jan van den Berg, el árbitro designado por la Demandada, ascienden a la cantidad de 399.541,66 € y 11.945,12 €, respectivamente. Los honorarios y gastos del profesor Karl-Heinz Böckstiegel, el Presidente del Tribunal, ascienden a la cantidad de 652.120.00 € y 27.798,55 €, respectivamente”. Estos gastos se repartieron entre las dos partes. Cada una se costó su propia defensa y gastos.

- En tercer lugar, debe remarcarse que el laudo del tribunal recibió cinco pronunciamientos favorables en distintos países (particularmente en Holanda). Por supuesto, cabría preguntarse si se habría llegado a un resultado similar si el Estado demandado hubiera sido Estados Unidos en lugar de Ecuador²³¹

Con estos antecedentes, el caso más preocupante y más complejo, tanto por su posible coste económico para el Ecuador como por las potenciales consecuencias de las decisiones emitidas por los árbitros sobre los derechos de las víctimas, en particular su derecho al acceso a los mecanismos de reparación efectiva, es el caso conocido como Chevron III.

El último laudo sobre este caso (Segundo Laudo Parcial de la Fase II²³², en adelante Laudo de 2018) que decide sobre el fondo del asunto fue hecho público en agosto de 2018. Este laudo es el ejemplo paradigmático de cómo el mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado es utilizado para convertir décadas de litigio ante la jurisdicción ordinaria en un ejercicio inútil y para arrumbar el derecho humano fundamental al acceso a la justicia.

²³¹ Camille Hart, *The Hegemonic Arbitrator Replaces Foreign Sovereignty: A Comment on Chevron v. Republic of Ecuador*, 8 Y.B. Arb. & Mediation 110 (2016). En palabras de esta autora: “The arbitrators in this case upheld the private interests of Chevron Corporation and, as a result, reached a very pro-commercial resolution. Additionally, the courts treated Ecuador as a commercial entity, especially in construing the BIT as a contract. This phenomenon evinces support for the depoliticization of states in an effort to prevent sovereign nations from abusing private actors. However, depoliticization of states in arbitration is undesirable because it overlooks the political role of sovereign states. Sovereign states have a duty to protect and foster the public interest of their citizens. Conversely, depoliticization separates the state’s political identity from the state’s corporate identity, favoring multinational commercial entities at the expense of the sovereign’s citizens”.

²³² PCA CASE NO. 2009-23. In the matter of an arbitration before a tribunal constituted in accordance with the treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, signed 27 august 1993 (the “treaty” or “BIT”) and the UNCITRAL arbitration rules 1976 (the “UNCITRAL arbitration rules”). between: 1. Chevron Corporation (“Chevron”) 2. Texaco Petroleum Company (“TexPet”) (both of the United States of America) The First and Second Claimants - and - The Republic of Ecuador, the Respondent. Second Partial Award on Track II dated 30 August 2018. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf>. En adelante: Laudo de 2018.

3.4. Chevron III: la ratificación de impunidad de Chevron y la indefensión de las víctimas

Como se indicó anteriormente, el 23 de septiembre de 2009, las mismas empresas que protagonizaron Chevron I y II presentaron una nueva demanda de arbitraje basada en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos²³³. El objetivo fundamental de las demandantes en este asunto ya no era exigir una indemnización en el caso de una eventual condena en la jurisdicción ordinaria del Ecuador (en el caso Lago Agrio) sino obtener una actuación del Estado contra derechos de terceros que no son partes del TBI (las víctimas), exigiendo la no ejecución de una sentencia todavía pendiente en el momento de interponer la demanda arbitral. Así, el caso Chevron III²³⁴ y sus diferentes laudos supone un salto cualitativo en cuanto al grado de afectación a la obligación de los Estados de proteger y garantizar los derechos humanos y consecuentemente al derecho fundamental al acceso a la justicia.

Se trata del procedimiento más extenso y más complejo del conjunto de demandas contra el Estado ecuatoriano. La complejidad del procedimiento deriva de dos factores fundamentales, por un lado, la intensa vinculación entre la evolución del proceso judicial Lago Agrio y la mutación de los argumentos de Chevron contra Ecuador en el procedimiento arbitral; y, por otro lado, el enorme conjunto de decisiones que el tribunal arbitral ha ido adoptando, a efectos de adaptarse a los cambios en el rumbo que la empresa ha ido imponiendo en este procedimiento.

La estrecha relación entre el avance del caso Lago Agrio y el proceso arbitral es uno de los factores que guían el caso. Como ya se ha señalado, el arbitraje comenzó en el año 2009, antes de que la sentencia de primera instancia del caso Lago Agrio fuera dictada. El tribunal desestimó las objeciones de Ecuador respecto de lo intempestivo y prematuro del proceso y permitió el avance del procedimiento de manera paralela al judicial. Esto implicó la aceptación de una permanente mutación de los hechos en los que se basaron los planteamientos de las demandantes. Así, la argumentación inicial de Chevron se fundamentó en un incumplimiento del Estado ecuatoriano de su supuesta obligación de mantener a la empresa “indemne” y en

²³³ Chevron Corporation (“Chevron”) y Texaco Petroleum Company (“TexPet”) presentan su notificación del inicio del procedimiento arbitral contra la República del Ecuador el 23 de septiembre de 2009. De ahora en adelante, como ya se ha señalado, se les denominará “las demandantes” o sencillamente Chevron.

²³⁴ PCA CASE NO. 2009-23. In the matter of an arbitration before a tribunal constituted in accordance with the treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, signed 27 august 1993 (the “treaty” or “BIT”) and the UNCITRAL arbitration rules 1976 (the “UNCITRAL arbitration rules”). between: 1. Chevron Corporation (“Chevron”) 2. Texaco Petroleum Company (“TexPet”) (both of the United States of America) The First and Second Claimants - and - The Republic of Ecuador, the Respondent. Claimants Notice of Arbitration. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0155_0.pdf.

una supuesta actuación conjunta del Estado con las víctimas y su defensa jurídica. Sin embargo, tras la sentencia de la primera instancia del caso Lago Agrio (2011) y en particular tras su resolución del recurso de casación en noviembre de 2013, que confirmó la culpabilidad y la condena de Chevron, la línea de acusación de la empresa en el proceso arbitral dio un paso más, fundamentándose de manera principal en una supuesta denegación del *derecho a la justicia* de Chevron. Esta denegación del derecho de la empresa se habría derivado, siempre según la opinión de la demandante ratificada ahora por los árbitros en el Segundo Laudo Parcial de la Fase II²³⁵, de la existencia una serie de irregularidades acaecidas durante el procedimiento judicial que resolvió el caso Lago Agrio.

Así, Chevron comenzó el proceso afirmando que el arbitraje traía causa en la falta de actuación del poder ejecutivo para impedir la tramitación del proceso y acabó basando su demanda en la falta de probidad del poder judicial ecuatoriano. No puede olvidarse que, pocos años antes, en el caso Aguinda y con idénticos hechos, la empresa había abalado y considerado sobradamente pródigo el poder judicial ecuatoriano, cuyo buen funcionamiento le sirvió para fundamentar su alegación de la doctrina del *Forum non Conveniens*.

El segundo factor de complejidad reside en los numerosos escritos que componen el proceso. El proceso arbitral fue dividido en dos fases, Track I y Track II. La primera se dedicó a decidir sobre la admisibilidad de la demanda, la competencia del tribunal, la aplicabilidad del TBI y las cuestiones jurídicas preliminares respecto del acuerdo de 1995, su interpretación y posibles efectos “liberatorios” de la responsabilidad de la empresa. La segunda parte se dedicó al fondo, examinando el proceso judicial iniciado por las víctimas contra Chevron en Ecuador. La primera parte concluyó con el Primer Laudo Parcial (First Partial Award on Track I) de 17 de septiembre 2013), que llegó tras diversos laudos interinos y numerosos escritos de procedimiento. La segunda parte concluyó con el Segundo Laudo Parcial (Second Partial Award on Track II) de 30 de agosto de 2018²³⁶.

El objetivo del análisis que sigue es mostrar una visión de conjunto del proceso y de sus consecuencias actuales y potenciales, tanto para el Estado ecuatoriano como para las víctimas. Con esta finalidad, van a analizarse únicamente las órdenes y laudos interinos más relevantes y los dos laudos parciales, eligiendo los temas necesarios para proporcionar una visión global del caso. Debe tenerse en cuenta, y así va a indicarse en cada fase del análisis, la vinculación entre

²³⁵ Second Partial Award on Track II. Dated 30 August 2018. En adelante, Laudo de 2018.

²³⁶ Los abogados privados Grigera Naon (con base en Washington), Vaughan Lowe y V.V. Veeder(ambos basados en Londres), se reunieron en lujosos hoteles en la Haya para tomar el nombre de este tribunal. Luego, cada uno de ellos ha cobrado un estimado de 25 millones de dólares, a razón de \$1.000 por hora durante nueve años. Ver http://www.csrwire.com/press_releases/41339-Chevron-Facing-Furious-Backlash-for-Using-Secret-Court-to-Violate-Ecuador-Pollution-Judgment-Say-Ecuadorians

las diferentes decisiones recaídas en el proceso judicial y las decisiones provisionales del tribunal arbitral, convenientemente llamado a pronunciarse por la empresa, que iba variando su argumentación al hilo de cada sentencia de las cortes ecuatorianas.

a) Los fundamentos de la demanda de arbitraje de Chevron contra Ecuador.

En el anuncio del arbitraje, presentado en septiembre del año 2009, Chevron afirmó que el Estado ecuatoriano había violado el TBI entre Estados Unidos y Ecuador por actuar de manera coordinada con los demandantes del caso Lago Agrio para “trasladarle a Chevron su propia porción contractual de responsabilidad por los impactos ambientales restantes, surgidos de las actividades desarrolladas por el Consorcio (TexPet y Ecuadorian Gulf Oil Company) con anterioridad a 1992 y también por el impacto de las actividades de Petroecuador con posterioridad a esa fecha. En opinión de la demandante, el Estado violó además los acuerdos y documentos de liberación de responsabilidad al respaldar a los demandantes y al no impedir la actuación de la función judicial²³⁷. En concreto, la notificación de la demanda de arbitraje acusa a la Asamblea Constituyente de 2007, al presidente de aquella Asamblea, Alberto Acosta y al Presidente de la República del Ecuador entre el año 2006 y el 2017, Rafael Correa, de expresar su “solidaridad con los demandantes”. En opinión de la empresa, las manifestaciones públicas del Presidente de un Estado en apoyo a la defensa de los derechos humanos de las víctimas, ciudadanos de este Estado, constituyen una violación de las obligaciones impuestas por el TBI.

²³⁷ En el análisis de estos acuerdos se entra en el apartado siguiente. Es relevante recordar los términos exactos que utilizaron las demandantes en la notificación del arbitraje: “El Ecuador actúa en colusión con un grupo de demandantes ecuatorianos y abogados estadounidenses contratados que trabajan bajo pacto de cuota litis, y que en el año 2003 demandaron a Chevron ante la Justicia ecuatoriana con miras a obtener una indemnización y otras reparaciones por impactos que, según sostienen, derivaron de las operaciones del Consorcio (TexPet y Ecuadorian Gulf Oil Company) (el “Juicio de Lago Agrio”). Con sus actos y omisiones, el Ecuador pretende indebidamente trasladarle a Chevron su propia porción contractual de responsabilidad por los impactos ambientales restantes, surgidos de las actividades desarrolladas por el Consorcio con anterioridad a 1992. De modo similar, también en violación de los acuerdos y documentos de liberación de responsabilidad y del Tratado, el Ecuador pretende indebidamente trasladarle a Chevron la responsabilidad que le corresponde por el impacto producido por las operaciones petrolíferas realizadas por Petroecuador desde 1992 en adelante, así como por el impacto de la colonización y la explotación industrial y agrícola de la Amazonía, realizadas con el auspicio del gobierno. El Ecuador ha mantenido una estrategia coordinada con los demandantes de Lago Agrio que involucra a diversos órganos del Estado ecuatoriano. La Función Ejecutiva del Ecuador ha anunciado públicamente su respaldo a los demandantes, además de buscar y conseguir la instrucción penal ilegítima de dos abogados de Chevron, en un intento por menoscabar los acuerdos y los documentos de liberación de responsabilidad e interferir en la defensa de Chevron en el Juicio de Lago Agrio. La Función Judicial ecuatoriana llevó adelante el Juicio de Lago Agrio en total desconocimiento del derecho ecuatoriano, de los estándares internacionales de equidad y de los derechos básicos de Chevron en materia de debido proceso y de derecho natural, en aparente coordinación con la Función Ejecutiva y los demandantes de Lago Agrio”

Es importante subrayar que la demandante enfocó ya en su inicio el procedimiento de arbitraje como un juicio político contra el gobierno de Correa, legítimamente elegido, y cuestiona el proceso de cambio constitucional comenzado en el año 2007. En este sentido, aun antes de conocer el fallo del asunto, la demandante incluye en su escrito de notificación del inicio del arbitraje afirmaciones como las siguientes:

“Como en el Ecuador el estado de derecho se ha deteriorado a partir de la purga inconstitucional de toda la Corte Suprema operada en diciembre de 2004 y aún más con las amenazas del actual gobierno de destituir de sus cargos a los jueces e incluso iniciarles acciones penales por fallar en sentido contrario a los intereses oficiales, la Función Judicial ecuatoriana carece de la independencia y estabilidad institucional necesarias para juzgar adecuadamente casos que están altamente politizados”.²³⁸

Más allá de esta cuestión, el escrito de notificación de la demanda de arbitraje es particularmente interesante detalló tanto los argumentos de la empresa respecto de la competencia del tribunal y la aplicabilidad del TBI como sus pretensiones de fondo²³⁹, que posteriormente irían variando, provocando una inédita novación en el caso consentida por el tribunal.

En primer lugar, para justificar la jurisdicción del tribunal y el amparo del TBI, las demandantes afirmaron que el Estado había violado sus derechos como inversores establecidos en los Acuerdos de Liberación (1995, 1996 y 1998)²⁴⁰. Al considerar estos acuerdos como una prolongación de su inversión originaria, la empresa afirmó la aplicabilidad *ratione materiae* y *ratione temporis* del TBI.

En cuanto al fondo, según afirmó en aquel momento Chevron, el Ecuador se había servido de todos los medios disponibles para eludir las obligaciones asumidas en los acuerdos de inversión,

²³⁸ Notificación del arbitraje de los demandantes. Escrito de 23 de septiembre de 2009. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0156.pdf>. Párrafo 42

²³⁹ Notificación del arbitraje de los demandantes. Escrito de 23 de septiembre de 2009. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0156.pdf>

²⁴⁰ Sin embargo, la empresa también afirma, para exonerarse por otra vía, que “Desde que se produjo la extinción de los contratos de concesión y la conclusión de la existencia del Consorcio en 1992, Petroecuador ha sido el único titular de continuas y crecientes operaciones de producción petrolífera en lo que fuera anteriormente el área de la Concesión; TexPet no ha sido titular de actividades de producción en el Ecuador ni ha tenido ningún tipo de participación en tales actividades. En los años siguientes, Petroecuador ha perforado más pozos nuevos (arriba de 400) que los que había perforado TexPet a lo largo de toda la existencia del Consorcio (335).” Notificación del arbitraje de los demandantes. Escrito de 23 de septiembre de 2009. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0156.pdf>. Párrafo 22.

y restarles valor y anular los acuerdos que celebró con los Demandantes (Contrato de Transacción de 1995, las Liberaciones Municipales y Provinciales de 1996 y el Acta Final de Liberación de 1998). Para justificar estas afirmaciones Chevron sostuvo dos argumentos principales:

- El Ecuador se negó a informar a la corte de Lago Agrio que a TexPet y sus filiales se las había liberado completamente de toda responsabilidad por impacto ambiental derivado de las operaciones del antiguo Consorcio (con lo que permitió que Chevron fuera demandado por el impacto ambiental del que el Ecuador aseguró por contrato vinculante había sido liberado), y se negó a indemnizar, proteger y defender los derechos de los Demandantes en relación con el Juicio de Lago Agrio. Hay que recordar que en el momento de realizar esta afirmación todavía no se había dictado la primera sentencia.
- El Ecuador respaldó de manera activa y de varias formas a los demandantes de Lago Agrio, incluida una campaña abierta en favor de una sentencia contra Chevron y un proceso penal infundado contra dos abogados de Chevron. La empresa califica esta conducta de “abuso del sistema penal”

Por todo lo anterior, en septiembre del año 2009, dos años antes de conocerse la sentencia de primera instancia, la demandante afirmó que la conducta del Ecuador violaba de diversas formas los acuerdos de inversión que celebró con Chevron (TexPet), en concreto los llamados “acuerdos de liberación” y el TBI Ecuador-Estados Unidos²⁴¹.

En base a todo lo anterior, Chevron solicitó que se adoptara un Laudo que:

- Declare, de conformidad con los acuerdos de inversión de 1994, 1995, 1996 y 1998, que los Demandantes no tienen responsabilidad u obligación alguna por impactos ambientales, incluida, pero sin limitación, toda supuesta responsabilidad por impactos en la salud humana, el ecosistema, las culturas indígenas, la infraestructura o cualquier responsabilidad por ganancias ilícitas, ni responsabilidad u obligación alguna de llevar a cabo más tareas de remediación ambiental por razón del antiguo Consorcio del cual eran propietarios

²⁴¹ En particular, se habría vulnerado la obligación de conferir un trato justo y equitativo y no menos favorable que el que exige el derecho internacional a las demandantes (derivado del Artículo II(3)(a) del TBI); la obligación de establecer medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones y los acuerdos de inversión (Artículo II(7) del TBI); la obligación de no menoscabar, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de la inversión de los Demandantes (Artículo II(3)(b) del TBI); la obligación de brindarles a los Demandantes y sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorga a inversiones de sus propios nacionales o de nacionales de terceros países (Artículo II(1) del TBI); y la obligación de cumplir los compromisos contraídos con respecto a las inversiones (Artículo II(3)(c) del TBI).

conjuntamente TexPet y el Ecuador, o del ya vencido Contrato de Concesión celebrado entre TexPet y el Ecuador;

- Declare que el Ecuador incumplió los acuerdos de inversión de 1995, 1996 y 1998 y violó el TBI Ecuador-Estados Unidos
- Ordene y condene al Ecuador a informarle a la corte interviniente en el Juicio de Lago Agrio que a TexPet, su sociedad controlante, filiales y principales fueron liberados de todo impacto ambiental surgido de las actividades del antiguo Consorcio y que el Ecuador y Petroecuador son responsables por toda tarea de remediación futura o que quede pendiente;
- Declare que el Ecuador o Petroecuador es exclusivamente responsable por toda sentencia que pueda dictarse en el Juicio de Lago Agrio;
- Ordene y condene al Ecuador a mantener indemnes, proteger y defender a los Demandantes en relación con el Juicio de Lago Agrio, incluido el pago a los Demandantes de todos daños y perjuicios a cuyo pago pueda ser condenado Chevron en el Juicio de Lago Agrio;
- Condene al pago de todos los daños y perjuicios ocasionados a los Demandantes, en particular, todos los costos en que hayan incurrido éstos, incluidos los honorarios de los abogados, en su defensa del Juicio de Lago Agrio y las acusaciones penales;
- Condene al pago de una indemnización por daño moral para resarcir a los Demandantes del daño no pecuniario que han sufrido a raíz de la conducta **atroz e ilícita** del Ecuador;
- Condene a pagarles a los Demandantes todos los costos relacionados con el presente proceso, incluidos los honorarios de abogados;
- Condene al pago de intereses anteriores y posteriores al laudo, hasta la fecha de pago;

La evolución del caso Lago Agrio fue utilizada por la empresa para variar la justificación y la petición de su demanda de arbitraje, siendo autorizada por el Tribunal para presentar un Memorial Suplementario, con fecha de 20 de marzo de 2012²⁴². En este memorial la empresa centró su argumentación en un supuesto carácter fraudulento del procedimiento judicial del caso Lago Agrio y en la consecuente denegación de justicia que esto le supuso. Entre otras cuestiones Chevron afirmó que:

- El juicio se basó en pruebas falsas aportadas por las víctimas.
- Existía un acuerdo entre el Gobierno y el Frente de Defensa de la Amazonía, para obtener control sobre el producto de la Sentencia, a través de un plan de fideicomisos orquestado conjuntamente por la Corte y los Demandantes.
- Los jueces ecuatorianos habían violado su propia constitución, leyes y normas procedimentales

²⁴² Documento disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0177.pdf>

- La sentencia de primera instancia contenía partes que habían sido “escrita de manera oculta” por las víctimas.
- Dos de los jueces que estuvieron vinculados al proceso habían sido removidos por conducta inadecuada.
- El Presidente Correa había dado apoyo a las víctimas en el proceso de primera instancia y en el de apelación y había incrementado su control sobre el conjunto del poder judicial

Todo lo anterior constituiría, a juicio de Chevron, una violación de sus derechos como inversor bajo el TBI e implicaba la comisión de una denegación de justicia por parte de Ecuador.

b) Las objeciones de la República de Ecuador respecto de la jurisdicción del tribunal y la aplicación del Tratado Bilateral de inversión al caso concreto

Como reacción a la notificación del arbitraje el Ecuador presentó una solicitud de suspensión del mismo ante una corte federal de Estados Unidos, afirmando que el proceso arbitral podía afectar los derechos de las víctimas demandantes ante la justicia ecuatoriana. En marzo de 2010 la District Court, Southern District of New York denegó la petición de Ecuador y sostuvo que Chevron podría proceder con el arbitraje. Ninguna apelación de esta sentencia tuvo éxito²⁴³.

Las objeciones de la República del Ecuador respecto de la existencia misma del proceso y la competencia del tribunal coinciden con las señaladas desde el primer arbitraje. En primer lugar, el Estado sostuvo la imposibilidad de utilizar el TBI por razones materiales, al afirmar que no existe una inversión que proteger; en segundo lugar, Ecuador mantuvo la falta de competencia del tribunal *ratione tempore*, puesto que los hechos se cometieron de manera anterior a la entrada en vigor del TBI.

En cuanto a la primera cuestión se adujeron las siguientes razones:

- En el momento de la demanda, la inversión original no existe porque llegó a su fin en 1992, cuando Texpet abandonó todas las actividades económicas en el Ecuador. Desde entonces ni Chevron Corporation, ni Texaco Petroleum Company han establecido ninguna inversión o negocio en Ecuador
- El conflicto entre las partes surge del Contrato de 1995 y no del Contrato de Concesión de 1973. En este sentido, el Estado afirma que el Acuerdo de Liberación de 1995 no es un contrato de inversión y no puede ser considerado como una inversión enmarcada dentro de la definición de “inversión” del TBI.

²⁴³ La sentencia que resolvió la apelación está disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0168.pdf>

- La protección otorgada por el TBI a los inversores extranjeros nunca fue un factor utilizado por las demandantes para invertir o no en Ecuador porque no estaba vigente cuando tomaron las decisiones de inversión.

Dadas estas razones, el Estado afirma la imposibilidad de amparar en la protección del TBI una inversión finalizada antes de que el tratado entrara en vigor: “la inversión no existe, fue terminada en 1992 cuando TexPet abandonó el país, y no se puede extender su “esperanza de vida” por la existencia de los Acuerdos de Liberación”.

Además, el Estado consideró que:

- El tribunal carece de competencia por aplicación de la cláusula de la “elección irreversible” del TBI (artículo VI (3)). Considera el Ecuador que, incluso si el Tribunal determinase que existe una diferencia relativa a inversiones, el mismo carecería de competencia porque las demandantes ya habían activado la cláusula señalada en el litigio Aguinda en las Cortes de los Estados Unidos de América. Como se recordará, en aquel momento y a fin de conseguir la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, las demandantes se comprometieron expresamente, a someterse a la jurisdicción ecuatoriana para todo lo relativo a las demandas sobre los mismos hechos. Según aquel compromiso solo podrían impugnar las sentencias de los tribunales ecuatorianos en fase de ejecución. Siendo el litigio Lago Agrio una continuación del litigio Aguinda, las demandantes deben entenderse vinculadas por este compromiso por lo que no pueden solicitar al tribunal arbitral que conozca de unos hechos que tienen la misma “base fundamental”
- El Tribunal no puede decidir sobre los derechos de terceros, como son las víctimas y demandantes del asunto Lago Agrio. Estas personas no son parte del proceso arbitral, no participarán en el mismo para defender sus derechos y por tanto no pueden ser las afectadas directas por la decisión del tribunal. Así, el Estado enfatizó que la empresa estaba persiguiendo una denegación del derecho de las víctimas a obtener justicia en un ámbito, el arbitral, donde las víctimas no tenían acceso.
- Finalmente, el Estado consideró que, la empresa, denunciando una supuesta intervención del Estado en el procedimiento judicial (que identifica permanentemente como Aguinda para evidenciar la necesidad de vincular ambos procesos), lo que está exigiendo es una auténtica intervención del poder ejecutivo en el poder judicial para anular su actuación, protegiendo los intereses de Chevron frente a los de las víctimas.

c) El inicio del proceso: las primeras órdenes de paralización del proceso judicial (año 2011).

Como se ha señalado, desde el anuncio del arbitraje, las demandantes pretendieron una intervención del poder judicial a efectos de garantizar su impunidad. La primera vez que el tribunal arbitral ordenó al Estado la intervención del poder judicial para paralizar el proceso Lago Agrio fue el 9 de febrero de 2011, con la Orden de Medidas Provisionales, donde decidió que: *“the Respondent to take all measures at its disposal to suspend or cause to be suspended the enforcement or recognition within and without Ecuador of any judgment against the First Claimant in the Lago Agrio Case”*.

Debe recordarse que, en aquel momento, se daban dos circunstancias de particular importancia:

- El Tribunal todavía no había resuelto la impugnación de su propia competencia presentada por el Ecuador pero, para el “limitado objetivo” de la orden provisional, el tribunal asumió que la tenía.
- Todavía no había sido dictada la sentencia de primera instancia, no se conocían (al menos oficialmente) los detalles de la misma y las alegaciones de las demandantes en relación a la denegación de justicia, que se encuentran en la base del Laudo de 2018, eran no solo prematuras sino faltas de prueba.

Los demandantes presionaron al tribunal para que convirtiera esta orden en un laudo provisional, alegando el incumplimiento por parte del Estado. El Estado ecuatoriano respondió al tribunal, en una carta de 9 de enero de 2012²⁴⁴, señalando que:

- La alegación de fraude procesal sostenida en las nuevas comunicaciones al tribunal por parte de Chevron, tras conocer la sentencia de la Corte de Sucumbíos, eran completamente ajenas a las razones alegadas por la empresa para la obtención de la orden provisional que intentaban hacer cumplir. Además, la acusación de “ghostwriting” había sido sostenida por la empresa durante el proceso judicial, en la fase de impugnación y desestimada
- La acusación de que el Estado no había cumplido con la Orden de Medidas Provisionales tampoco era ajustada a la realidad. El Estado había hecho todo lo posible para cumplir con la Orden, pero no existía (no existe) en el ordenamiento ecuatoriano una vía para cumplir semejante mandato. En este sentido, el Estado afirma que no puede violar su propia ley a efectos de satisfacer las demandas de la empresa recogidas por el tribunal²⁴⁵.

²⁴⁴ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0172.pdf>

²⁴⁵ Así, el Ecuador señaló que: “The Claimants have twice before requested that the Tribunal require the Republic to take additional steps to prevent enforcement of the Lago Agrio Judgment. The Republic has twice before explained that the Claimants’ requested measures would compel Ecuadorian officials to violate Ecuadorian law. On both

- El Estado señaló además que la adopción de las medidas solicitadas por la empresa implicaría una violación de la independencia judicial (*that the Claimants purportedly deem essential to delivering justice and complying with the BIT*) y una violación directa del ordenamiento jurídico del Ecuador, en particular del artículo 168 y 126 de la Constitución ecuatoriana.

Tras la decisión de la Corte Provincial de Sucumbíos el 3 de enero de 2012, ratificando la sentencia de segunda instancia, las empresas volvieron a actuar, comunicando al tribunal esta sentencia y señalando el incumplimiento de la orden arbitral de 9 de febrero de 2011. Poco después el tribunal publicó el Primer Laudo Interino²⁴⁶, de 25 de enero de 2012²⁴⁷, en el cual ordenó a la República del Ecuador la suspensión de la ejecución y reconocimiento dentro o fuera del Ecuador, de cualquier sentencia emitida dentro del caso de Lago Agrio en contra de Chevron. Además, el tribunal ordenó al gobierno de Ecuador que continuara enviando información a través de sus representantes en el proceso arbitral, sobre todas las medidas que el Estado haya tomado para la implementación del Laudo Interino.

Ante la contestación de Ecuador, alegando la falta de capacidad jurídica del ejecutivo para cumplir el laudo, el tribunal emitió un Segundo Laudo Interino de 16 de febrero de 2012, ordenando esta vez a todas las funciones del Estado (judicial, legislativa o ejecutiva) la adopción de todas las medidas necesarias para suspender o hacer que se suspenda la ejecución y el reconocimiento dentro y fuera de Ecuador de las sentencias dictadas por la Corte Provincial de Sucumbíos, Sala Única. El Laudo indica además que, en particular, el Estado deberá adoptar las medidas que impidan toda certificación que vuelvan ejecutables a las sentencias dictadas en el juicio de Lago Agrio.

En un cuarto Laudo Interino, de 7 de febrero de 2013, el Tribunal declaró que Ecuador había violado los Laudos Provisionales Primero y Segundo, decidió que el Ecuador deberá justificar jurídicamente, por qué no debería compensar a Chevron por todo daño causado por las violaciones de Ecuador de los Laudos Provisionales Primero y Segundo; y confirmó que Ecuador

occasions this Tribunal has declined to require the Republic to violate its own law. The Republic has fully complied with the Tribunal's Interim Measures Order by taking —all measures at its disposal— and notifying the Tribunal of the steps taken. Interim Measures Order". Vid. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0172.pdf>

²⁴⁶ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0173.pdf>

²⁴⁷ El día 4 de enero de 2012 las demandantes enviaron al tribunal la notificación de la ratificación de la sentencia de la Corte de Lago Agrio decidida por la Corte Provincial de Sucumbíos. En esta carta, Chevron-Texaco argumentaron que Ecuador no había cumplido la orden de 9 de febrero de 2011, debido a que no había tomado medidas directas para impedir la ejecución de la sentencia de Lago Agrio y que, por tanto, requerían del Tribunal que esta orden constara en un laudo interino, con las consecuencias de aplicabilidad y ejecución del mismo al amparo del Reglamento de la CNUDMI.

estuvo y sigue estando obligado según el derecho internacional a garantizar la no ejecución de la Sentencia de Lago Agrio.

d) La resolución de las cuestiones relativas a la jurisdicción, admisibilidad y extensión de los Contratos de liberación: el respaldo de las alegaciones de Chevron en la fase primera del asunto (el Tercer Laudo Interino y el Primer Laudo Parcial)

Las cuestiones de admisibilidad y jurisdicción fueron resueltas en el Tercer Laudo Interino, que rechazó el conjunto de objeciones alegadas por Ecuador²⁴⁸. Tras analizar el concepto de inversión y la aplicabilidad del TBI, el Tribunal afirmó su jurisdicción en el Tercer Laudo, sosteniendo los argumentos siguientes:

- El concepto de inversión en el TBI es amplio y abarca el Contrato de 1995
- El contrato de 1995 debe ser considerado como una continuación de los acuerdos de concesión anteriores, dada la existencia de un “cercano e inextricable vínculo” entre el acuerdo de 1971 y el Contrato de 1995, por lo que los compromisos establecidos en el Contrato de 1995 quedan bajo la protección del TBI. Además, con el caso Lago Agrio, esta inversión no ha alcanzado su desaparición completa y definitiva²⁴⁹.
- Dada la conexión con el Contrato de 1995, los mecanismos de protección a disposición de las demandantes no se limitan a la compensación de daños sino que incluyen, desde el punto de vista de la jurisdicción otros derechos derivados de su consideración de parte firmante del Acuerdo de 1995²⁵⁰.
- TexPet tiene derecho a exigir sus demandas ante el tribunal como inversor cubierto por el TBI y como parte contractual del Contrato de 1995. De la misma manera, Chevron, como

²⁴⁸ “As to Chevron, the Tribunal decides to reject all objections made by the Respondent [Ecuador] as to jurisdiction and admissibility in regard to Chevron’s indirect investment (as TexPet’s parent company owning and controlling TexPet) under Articles I(1)(a), VI(1)(a) and VI(1)(c) of the BIT; the Tribunal decides to join to the merits under Article 21(4) of the UNCITRAL Arbitration Rules the objections made the Respondent as to jurisdiction in regard to Chevron’s direct investment under Article s I(1)(a) , VI(1)(a) and VI(1)(c) of the BIT; and it decides to reject all other objections as to jurisdiction and admissibility made by the Respondent.” Ver Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0175.pdf>

²⁴⁹ Ibidem, párrafo 419.

²⁵⁰ Literalmente el Tribunal afirmó que: “TexPet’s investment assumes the forms set out in Article I(1)(a) of the BIT as: “a claim to performance having economic value, and associated with an investment” and “any right conferred by ... contract”. In the Tribunal’s view, assuming its case were to prevail, TexPet’s remedies under the BIT in regard to such forms of investment (given its original investment) are not limited in this arbitration to compensatory damages for its own damage but could also include (as a matter of jurisdiction) its declaratory and other non-compensatory relief as a named signatory party to the 1995 Settlement Agreement”. Ibidem, párrafo 4.18.

empresa matriz, es un inversor cubierto por el TBI porque indirectamente posee y controla una inversión en Ecuador.

Así, aunque Chevron (Texaco en aquel momento) cesó sus operaciones en Ecuador en 1990 y abandonó el país en 1992, los árbitros declararon su competencia para este caso haciendo una interpretación extensiva de lo que significa una inversión. De acuerdo a los árbitros, las inversiones de Chevron en Ecuador tuvieron vida más allá del fin de sus operaciones, llegando hasta 1998, cuando la compañía concluyó la realización de una “remediación” (en una proporción minúscula de toda el área operada) y se extienden todavía más, al vincularse con el proceso Lago Agrio.

El tribunal no consideró que la posible afectación de derechos de terceros pudiera ser una objeción aceptable para la admisión de la demanda. Sobre esta cuestión, en el Tercer Laudo Interino reconoció que no tiene jurisdicción sobre los demandantes de Lago Agrio por lo que no puede dirigir una orden de acción u omisión hacia ellos²⁵¹. Sin embargo, el tribunal señaló que, por las razones antedichas, tiene jurisdicción sobre las demandantes y sobre el Estado de Ecuador en su calidad de demandado, bajo el paraguas del TBI. Sentada esta premisa, el tribunal realiza una pirueta jurídica tan peligrosa como criticable, afirmando que, en realidad, los demandantes de Lago Agrio no son partes ni de los Contratos de liberación ni del TBI, por lo que no tienen derechos vinculados con la cuestión que se dirime (en su opinión centrada únicamente en si el Estado violó los derechos de los demandantes amparados en el TBI). Por este motivo, si el Estado, al concluir los Contratos de liberación, adoptó una decisión que puede tener el efecto jurídico de privar a los demandantes de Lago Agrio de derechos reconocidos bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta cuestión debe resolverse entre ellos y el Estado demandado, no siendo por tanto de la incumbencia del tribunal²⁵².

Sentadas estas premisas, con el Primer Laudo Parcial el tribunal desarrolló posteriormente la interpretación de los acuerdos de liberación²⁵³ y como ya se ha señalado decidió que las demandantes, tanto Chevron como Texaco, debían considerarse exoneradas bajo lo dispuesto

²⁵¹ Sorprendentemente, el tribunal afirma que “At most, the Tribunal could request the Lago Agrio plaintiffs to follow a certain course of action.” Ibidem, párrafo 4.65.

²⁵² “The question for this Tribunal is in essence whether the Respondent has or has not violated rights of the Claimants under the BIT because of the way in which the Respondent has, through its organs, acted in relation to the settlement agreements. The question is one of the rights and obligations existing between the Claimants and the Respondent; and the Lago Agrio plaintiffs, who are not parties to the settlement agreements or to the BIT, do not have rights that are directly engaged by that question. If it should transpire that the Respondent has, by concluding the Release Agreements, taken a step which had the legal effect of depriving the Lago Agrio plaintiffs of rights under Ecuadorian Law that they might otherwise have enjoyed, that would be a matter between them and the Respondent, and not a matter for this Tribunal”. Ibidem, párrafo 4.70

²⁵³ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1585.pdf>

en el artículo 5.1 del acuerdo de 1995 y el artículo IV del acuerdo de 1998. En calidad de “exoneradas” ambas demandantes podían invocar sus derechos contractuales en base a estos acuerdos.

La extensión de esta exoneración no abarca, según este laudo, a cualquier demanda individual por daño personal que pudiera presentarse contra las demandantes, pero sí que debe considerarse de aplicación para impedir cualquier demanda “difusa” (colectiva) frente a las empresas demandantes en el arbitraje, realizada por el Estado o por cualquier individuo que no reclamara un “daño personal”²⁵⁴.

Con este Laudo Parcial se ponía final a la Fase I del proceso. Al conocerlo, el Estado presentó ante la Corte del Distrito de La Haya una solicitud de anulación respecto de este último laudo y de diversas decisiones anteriores, sobre las medidas provisionales, admisibilidad y jurisdicción.

Entre las razones alegadas por el Estado destacan, junto con las ya señaladas en los epígrafes anteriores, las siguientes:

- Chevron no fue parte ni de los contratos de inversión iniciales ni de los Contratos de liberación por lo que no puede considerarse “exonerada”.
- El Contrato de liberación de 1995 no impone ninguna obligación contractual al Estado de intervenir en apoyo de Texpet en ninguna acción, ni en ninguna jurisdicción. El gobierno de Ecuador y Petroecuador acordaron no plantear juicios contra las Exoneradas. El Gobierno de Ecuador sostuvo que, hasta esta fecha, esos compromisos se habían cumplido, pues no existe ni un solo juicio en violación de ese convenio.
- Ni el Estado ecuatoriano, ni Petroecuador garantizaron a Texaco que ningún ciudadano ecuatoriano entablaría, alguna vez, un juicio contra una “Exonerada”. Tal promesa no era

²⁵⁴ “Accordingly, for these reasons, the Tribunal concludes that, under Ecuadorian law, Article 5 of the 1995 Settlement Agreement and Article IV of the Final Release preclude any claim by the Respondent against any Releasee invoking the diffuse constitutional right under Article 19-2 of the Constitution, but that these releases also preclude any third person making a claim against a Releasee invoking the same diffuse constitutional right under Article 19-2, not being a separate and different claim for personal harm (whether actual or threatened).” <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1585.pdf>. Párrafo 112. Debe recordarse que el artículo 19.2 de la Constitución vigente en el momento de la firma de los Contratos de liberación en 1995 afirmaba lo siguiente: “Art. 19.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: 2.- El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente”.

factible por cuanto el Estado no tenía capacidad legal para hacerla y porque, además, ya estaba pendiente el caso Aguinda²⁵⁵.

El Primer Laudo Parcial dejó sin resolver, entre otras cuestiones, si las demandas presentadas en el caso Lago Agrio eran las materialmente las mismas que las presentadas en el caso Aguinda, y si perseguían la protección de derechos individuales o difusos (es decir, si tenían el carácter de demanda colectiva). Esta distinción, entre el acceso a la justicia para la defensa de derechos individuales o colectivos se convirtió en una de los ejes argumentales fundamentales. Para las empresas, tanto la demanda de Lago Agrio como la sentencia versaron sobre derechos colectivos, colisionando por tanto con la prohibición del Contrato de liberación de 1995.

“It must follow from the circumstances prevailing in 1995 that the Respondent, and only the Respondent, had the legal capacity to make and settle a diffuse claim under Article 19-2. If the Respondent could not make and then settle a diffuse claim under Article 19-2, no-one else could. [...] in 1995 the Respondent (acting by its Government) could settle a diffuse claim under Article 19-2 “forever” against the Releasees; and that accordingly no such diffuse claim could be made in the future against any Releasee.”

Esta cuestión fue resuelta en la Decisión sobre la Fase IB²⁵⁶ de 12 de marzo de 2015, en la cual el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

- La demanda Lago Agrio de 2003 incluyó demandas individuales que descansaban en derechos individuales bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano y no bajo el ámbito de aplicación del Contrato de liberación de 1995.
- La demanda Lago Agrio no estaba completamente obstaculizada de inicio por la excepción de cosa juzgada en el derecho ecuatoriano en virtud del Contrato de liberación de 1995.
- La demanda de Lago Agrio incluye demandas individuales materialmente similares en sustancia a las planteadas por los demandantes del caso Aguinda en Nueva York.

Debe tenerse en cuenta que en el párrafo 182 de esta Decisión el tribunal había señalado que “the Tribunal does not here exclude the possibility that the Lago Agrio Complaint also included other claims that could be understood as diffuse claims, depending upon their subsequent treatment by the Ecuadorian Courts following the filing of the Lago Agrio Complaint”²⁵⁷.

²⁵⁵ Vid. los argumentos recopilados en la publicación: Procuraduría General del Estado, *Caso Chevron: Defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión*, Quito, 2015. Disponible en http://www.pge.gob.ec/images/stories/boletines/lanzamientolibrochevron/libro_Caso_CHEVRON.pdf

²⁵⁶ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4222.pdf>

²⁵⁷ El tribunal no cierra la puerta por tanto a algo que las demandantes habían señalado en sus escritos complementarios de 2014,

Esta afirmación incluida en la Decisión de 12 de marzo de 2015 se retoma en el Laudo de 2018 de la siguiente manera “4.196. As the Tribunal decided in its Decision on Track IB (by a majority), the Complaint includes both claims made by individuals for personal harm (not being diffuse claims) and diffuse claims.”. Abre así la Puerta para una decisión de fondo que considere que el caso Lago Agrio resuelve el asunto reconociendo derechos colectivos, que entrarían en opinión del tribunal en colisión con los compromisos del Contrato de liberación de 1995.

e) Las cuestiones relativas al fondo: el Segundo Laudo Parcial de 28 de agosto de 2018

Una vez resueltas las cuestiones de admisibilidad y extensión del contenido de la base jurídica, el resto del procedimiento se ha dedicado al fondo, cuyo contenido, como se ha señalado ha ido evolucionando a lo largo de los años. Las dos partes presentaron escritos sobre los hechos, por parte de Ecuador, se presentó el 18 de febrero de 2013 el “Track 2 Counter-memorial on the merits”²⁵⁸. Por su parte, las demandantes presentaron una memoria supletoria el 9 de marzo de 2014²⁵⁹. En los dos escritos se trataba la cuestión de fondo, sobre el presunto fraude en el proceso judicial de Lago Agrio. Además, el Estado utilizó su escrito para contestar las cuestiones resueltas en la Fase I y para remarcar la devastación medioambiental masiva cometida por TexPet en la Amazonía.

Como se ha señalado anteriormente, no va a entrarse en el contenido del fondo que se debate en la Fase 2, ni van a revisarse los hechos que el tribunal considera probados o las alegaciones en sentido contrario del Estado²⁶⁰. Interesa únicamente la parte operativa del Segundo Laudo Parcial, que pone fin a esta fase segunda del arbitraje, tanto por la entidad de los mandatos que los árbitros dirigen al Estado como por la colusión entre estos y la obligación de respetar, garantizar y promover los Derechos Humanos y muy especialmente el acceso a la justicia.

²⁵⁸ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1426.pdf>

²⁵⁹ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4094.pdf>

²⁶⁰ “Despite virtually limitless discovery, including access to the Ecuadorians’ lawyers’ litigation files, documents, hard drives, and even a personal diary, Chevron’s lawyers never produced any direct evidence – no draft judgment, nor any communications by Petitioners evidencing a ghostwriting or bribery scheme.

Instead, all it could produce was the testimony of Alberto Guerra, an admittedly corrupt former judge who had previously tried to solicit a bribe from Chevron, and who came with a multi-million-dollar price tag. The trial court’s decision relied heavily on Guerra’s testimony and it is the only evidence for numerous conclusions. But Guerra subsequently admitted to lying on the stand during the trial about central facts of his bribery and ghostwriting allegations, and much of the “corroborating evidence” that supposedly supported Guerra’s bought-and-paid-for testimony has been refuted in later proceedings.” Vid: Harrison Michelle, Chevron’s Illegal payments to witness should prompt Supreme Court to reconsider case. Disponible en <https://earthrights.org/blog/chevrons-illegal-payments-to-witnesses-should-prompt-supreme-court-to-reconsider-case/>

La parte operativa del fallo puede dividirse en tres apartados. En el primero, el tribunal se limita a ratificar lo ya dicho en los laudos anteriores, afirmando tanto su jurisdicción como la admisibilidad de la demanda bajo el amparo del TBI, rechazando así las objeciones del Estado. La segunda parte de este apartado operativo versa sobre el fondo e incluye la opinión del tribunal sobre los hechos; la tercera parte incluye los mandatos de actuación para la parte demandada.

En concreto, la opinión del tribunal se contiene en los apartados 10.4 a 10.12, donde se indica que:

- El tribunal declara que partes importantes de la Sentencia de Lago Agrio de 14 de febrero de 2011 (según lo aclaró la orden del 4 de marzo de 2011) fueron "ghostwritten" de manera corrupta para el Juez Nicolás Zambrano Lozada, como juez de la Corte de Lago Agrio, por uno o más de los representantes de los demandantes de Lago Agrio, a cambio de la promesa de ese representante de pagar al Juez Zambrano una parte de la cantidad que se obtendría por la ejecución de la Sentencia de Lago Agrio por parte de los demandantes. El tribunal considera por parte probado que las víctimas sobornaron al juez que dictó la sentencia, algo que han negado reiteradamente las partes implicadas. Es importante señalar que, al adoptar esta decisión, el tribunal adopta una postura de instancia de revisión de la probidad del sistema judicial ecuatoriano, que no encuentra apoyo en ningún apartado del TBI.
- El tribunal declara que Estado, al emitir, hacer ejecutable, mantener la exigibilidad y ejecutar la Sentencia de Lago Agrio y, a sabiendas, facilitar su ejecución fuera del Ecuador, cometió una injusta denegación de la justicia según establecen los estándares de trato justo y equitativo y el trato requerido por el derecho internacional consuetudinario, en virtud del Artículo II (3) (a) del Tratado. De esta manera, el tribunal confirmaba que la no aplicación del TBI según sus propios parámetros constituye una denegación de justicia. La aceptación de esta afirmación implicaría aceptar que el *derecho al acceso a la justicia* de la empresa viene determinado por el TBI y es *superior* al acceso a la justicia de otros sujetos, aunque su derecho venga establecido en tratados internacionales de Derechos Humanos.
- El tribunal declara que el Estado de Ecuador está obligado a ofrecer una reparación completa (*is liable to make full reparation*) a las empresas por esa denegación de justicia y rechaza los argumentos de defensa del Estado²⁶¹.
- El tribunal confirma su decisión respecto del carácter inicial de demanda individual del caso Lago Agrio, que no se vería obstaculizada por el Contrato de liberación de 1995 (Segundo Laudo Parcial de la Fase IB). Sin embargo, considera que la sentencia decide de manera inequívoca sobre las peticiones de los demandantes como si fueran demandas colectivas, lo que implica una violación del Estado del mencionado Contrato, que impedía, en opinión del

²⁶¹ Párrafo 10.6.

tribunal, la posibilidad de actuar reconociendo este tipo de derechos. Por este motivo, el tribunal considera que el Estado violó sus obligaciones respecto de las dos demandantes, Chevron y TexPet, en tanto que las mismas debían considerarse “liberadas” bajo el amparo del Contrato de 1995. A efectos de clarificar esta cuestión puede leerse el párrafo 5121 del Laudo de 2018, donde el tribunal se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de junio de 2018 que rechazó sus peticiones respecto una supuesta vulneración de sus derechos a lo largo del proceso Lago Agrio. Aun cuando desestimó sus pretensiones, la Corte señaló que había existido una vulneración del derecho a vivir en un ambiente sano. En concreto, este derecho se recoge en el artículo 14 de la Constitución vigente en Ecuador²⁶² y en opinión del tribunal el mismo debe entenderse como un derecho colectivo y no individual.

- El tribunal declara que el Estado de Ecuador está obligado a ofrecer una reparación completa (is liable to make full reparation) a las empresas en virtud del artículo II (3) (c) del Tratado por la no observación de sus obligaciones para con cada uno de ellos como “liberadas” bajo el contrato de 1995 y confirma el rechazo de las alegaciones del Estado²⁶³.
- El tribunal declara que, dada la denegación de justicia cometida por el Estado, la sentencia de Lago Agrio (ratificado por los pronunciamientos en apelación, casación y ante la Corte Constitucional) violó gravemente los *derechos procesales fundamentales*, de Chevron Corporation (primer demandante) (incluidos su derecho a la defensa); la sentencia de Lago Agrio es contraria a la *política pública internacional*; y *ninguna de sus partes debe ser reconocida o ejecutada por ningún Estado que tenga conocimiento de la denegación de justicia cometida por el Estado de Ecuador*²⁶⁴.
- El tribunal declara que todo daño respecto de cualquiera de las dos empresas demandantes causada por el reconocimiento o ejecución de cualquier parte de la Sentencia de Lago Agrio dentro o fuera de Ecuador será un daño por el cual el Estado será considerado responsable y obligado a reparar en aplicación del *derecho internacional*.
- El tribunal, a efectos de “evitar dudas” declara y confirma que ni este laudo ni los anteriores laudos u otros escritos del procedimiento ordena o impide una demanda de ninguno de los demandantes de Lago Agrio contra las empresas (Chevron y Texaco) que se base en un daño personal respecto de derechos individuales y que no sea una demanda colectiva.

Una vez sentada esta opinión, el tribunal ordena lo siguiente (apartado 10.13):

- El Estado de Ecuador deberá, a satisfacción del Tribunal y como obligaciones de resultado incondicionales (salvo que se indique lo contrario) adoptar las siguientes acciones:

²⁶² Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

²⁶³ Párrafo 10.9.

²⁶⁴ Párrafo 10.11.

- a) Tomar medidas inmediatas, que se dejan a elección del Ecuador, para eliminar la “ejecutabilidad” de la sentencia de Lago Agrio (desde la primera instancia a las subsiguientes).
- b) Tomar medidas inmediatas, que se dejan a elección del Ecuador, para impedir que se inste el cumplimiento de parte de dicha sentencia, por cualquier medio. El tribunal explicita que estas medidas deben dirigirse a evitar las acciones orientadas a la ejecución de un amplio número de sujetos, que enumera el tribunal de la siguiente manera: los demandantes de Lago Agrio, toda organización creada para representar sus intereses (incluido el Frente de Defensa La Amazonia), cualquiera de sus representantes o cualquier otro tercero.
- c) Notificar con prontitud y por escrito del contenido de la resolución del tribunal respecto de los actos internacionalmente ilícitos, incluyendo la denegación del acceso a la justicia cometidos por el Ecuador en el caso Lago Agrio, a cualquier Estado, incluyendo su poder judicial, donde los demandantes de Lago Agrio estén intentando o puedan intentar en el presente o en el futuro la ejecución o el reconocimiento de cualquier parte de la sentencia de Lago Agrio.
- d) Abstenerse de recaudar o recibir, directa o indirectamente, cualquier producto derivado de la ejecución o reconocimiento de cualquier parte de la sentencia Lago Agrio (y sus subsiguientes) dentro o fuera del Ecuador;
- e) Devolver inmediatamente a Chevron Corporation (como primer demandante) cualquier producto que (aun teniendo en cuenta el mandato anterior) quede bajo la custodia, posesión o control del Estado.
- f) Tomar medidas correctivas, que se dejan a elección del Ecuador, para “eliminar todas las consecuencias” del conjunto de actos internacionalmente ilícitos cometidos por el Ecuador en relación con la Sentencia de Lago Agrio (y las subsiguiente), en el sentido del Artículo 31 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado (exceptuando la reparación en forma de compensación que se remite a otro laudo tal y como explicita la sección E del presente)
- g) Cumplir con sus obligaciones para las empresas demandantes como “liberadas” en virtud del Contrato de 1995, de conformidad con el Artículo II (3) (c) del Tratado; y
- h) El Estado queda obligado a, según se determinará en una próxima orden del Tribunal en la Fase III del proceso arbitral, reparar íntegramente en forma de compensación cualquier lesión causada a las demandantes por la sentencia Lago Agrio (y las subsiguientes)

Las decisiones respecto de la compensación incluyendo *daños morales* (de las empresas), indemnizaciones, reembolsos, pagos, intereses, etc, así como los costes del proceso se derivan a un momento posterior del proceso, Fase III, a lo largo de la cual, las partes deberán presentar subsiguientes escritos. También deriva a una tercera fase las acusaciones de las demandantes

contra el Ecuador por violación del Cuarto Laudo Interino, violación que confirma el tribunal en el apartado final de este laudo. Además, el tribunal dio 90 días a las partes para solicitar al tribunal la adición de otras cuestiones o solicitudes, que serán enviadas y analizadas en la Parte III del procedimiento.

3.5. Las implicaciones jurídicas del proceso Chevron III: el Estado debe vulnerar el derecho al acceso a la reparación de las víctimas para proteger el *derecho al acceso a la justicia de las empresas.*

El laudo de 2018 ordena a la República del Ecuador adoptar una decisión que implicaría intervenir el poder judicial para interferir en una causa entre particulares a efectos de defender los derechos de una de las partes (precisamente la más poderosa y la que no es un ser humano). Según el contenido del laudo, los derechos del inversionista, consagrados en el TBI, deben ser considerados superiores y prioritarios a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales o en la legislación nacional. De esta afirmación se derivan gravísimas consecuencias tanto respecto del acceso a la justicia de las víctimas como respecto del Estado de Derecho en Ecuador y, en general, respecto de la relación entre los Derechos Humanos y las normas de comercio e inversión.

a) Posibles efectos del laudo respecto del Estado de Derecho en Ecuador y los derechos humanos de las víctimas de Chevron

A efectos de ponderar las posibles repercusiones que un acatamiento del laudo tendría sobre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y los derechos humanos de las víctimas, van a tomarse los dos primeros mandatos contenidos en el fallo, base para el resto de sus apartados, analizando la capacidad de la República del Ecuador para cumplir con los mismos a la luz del ordenamiento jurídico vigente y aplicable.

- **Mandato 1:** tomar medidas inmediatas, para eliminar la “ejecutabilidad” de la sentencia de Lago Agrio (desde la primera instancia a las subsiguientes).

El primer mandato del laudo colisiona frontalmente contra el ordenamiento interno del Ecuador y contra los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado.

En cuanto a la cuestión interna, la primera idea que debe remarcarse es la inexistencia de cauces jurídicos que permitan la anulación de la ejecución de una sentencia por mandato de un

laudo arbitral. En efecto, el Código Orgánico General de Procesos no incluye el recurso de revisión de sentencias firmes en el orden civil. Debe recordarse, que el 12 de noviembre de 2013 la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, máximo órgano de la administración de justicia ecuatoriana rechazó el recurso extraordinario de casación interpuesto por Chevron y ratificó la sentencia de la Corte Provincial de Sucumbíos, confirmando la legalidad de la sentencia de instancia. Cinco años después, el 27 de junio de 2018, se emitió la Sentencia de la Corte Constitucional Ecuador No. 230-18-SEP-CC. Esta sentencia rechazó todas las acusaciones de Chevron acerca de la existencia de docenas de violaciones a derechos constitucionales de Chevron, con lo que cierra todas las vías jurisdiccionales disponibles en Ecuador. No hay, según la legislación vigente, otra vía para cuestionar la ejecutoriedad de una sentencia firme.

El mandato del laudo arbitral ordena por tanto al Estado que adopte una decisión ilegal e inconstitucional para dejar sin efecto una sentencia firme. Tal decisión sería, al adoptarse sin vía jurídica apropiada, contraria al principio de supremacía constitucional, a la independencia judicial y la separación de poderes, a la primacía de los Derechos Humanos, al reconocimiento del derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, entre otros principios y derechos que están consagrados en los siguientes artículos de la Constitución del Ecuador:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento

jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces,

autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación

de la norma jerárquica superior.

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Art. 12.3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.
2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.
3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o

desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Más allá de la contradicción con la norma constitucional, el mandato de no ejecutar la sentencia, contenido ya en los laudos de 2011 y 2012 (cabe recordar que este último se refería a todas las funciones del Estado), choca contra los compromisos internacionales del Ecuador.

En este sentido tal mandato fue contestado por la Corte Provincial de Sucumbíos en un auto y una providencia de febrero y marzo de 2011, donde la Corte se refiere a los compromisos internacionales del Estado. En estos pronunciamientos, a través del análisis de las obligaciones internacionales del Ecuador, la Sala realizó una ponderación de los derechos en pugna, ante la situación planteada, de la cual, en su acertada opinión, se deriva un potencial conflicto entre normas supranacionales. En opinión de la Sala, en el caso se enfrentan por un lado, la fuerza vinculante para el Estado Ecuatoriano de los laudos arbitrales (en materia de inversiones), y por otro, la vigencia efectiva de los Derechos Humanos.

Merced a la pena la reproducción textual de diversos fragmentos de estos pronunciamientos:

“En este contexto, la Sala ha fijado su atención en el Art. 31 de la Convención de Viena, que nos permite fundamentar lo que se conoce como el principio *pro homine*, y nos ordena tomar en cuenta el objetivo y fin de los Tratados para su interpretación. Así, el objetivo garantista de los Derechos Humanos y el uso de la norma más protectora, son perfectamente aceptados como doctrinas aplicables jurídicamente, especialmente considerando que se trata de "un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos" (Pinto, El principio pro Homine. Criterios). Concordantemente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, referente a Normas de Interpretación, nos dice que ninguna parte de esta Convención puede ser interpretada para permitir a alguna persona (como Chevron Corp. o el Tribunal Arbitral), suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, ni excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de su forma democrática representativa del gobierno (Art. 29) y que no pueden aplicarse restricciones sino conforme a leyes "dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas." De este modo, dado que el Ecuador es parte de esta Convención, y nos encontramos frente a una norma vinculante y de aplicación obligatoria, y

reconociendo que el laudo arbitral se basa en normas internacionales creadas con el propósito de proteger las inversiones, no encontramos cabida para imponer el laudo arbitral por encima de nuestras obligaciones imperantes en materia de derechos humanos”

Ante la afirmación por parte de Chevron de la existencia de un precedente, el caso City Oriente Limited contra Ecuador, la Sala afirmó que:

“La Corte Suprema de Justicia, por orden de un Panel Arbitral, declaró la nulidad en los juicios iniciados a raíz del caso City Oriente Limited contra Ecuador, ya que en estos casos el Estado fue quien participó tanto en el arbitraje e inició el juicio ante la justicia ordinaria. En ese escenario existió identidad en los sujetos participantes en ambos foros, y precisamente por eso la parte afectada por la restricción no pudo alegar que se le estaba negando el acceso a la justicia; en el caso ante esta Sala los demandantes no han participado en el proceso de arbitraje y no se encuentran vinculados por el mismo, de tal manera no se justifica que les restrinjamos su derecho a acceder a la justicia y a que ésta sea efectiva. Es diferente también este caso porque City Oriente Limited contra Ecuador recién se había presentado la demanda ante la justicia ordinaria, por lo que no había más que pretensiones en juego, mientras que ante esta Sala los demandantes gozan de un derecho reconocido en sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada”.

En su pronunciamiento, la Corte contestó directamente a la siguiente pregunta de Chevron: ¿qué sentido tendría el derecho internacional si el Estado o un funcionario Estatal puede negarse a cumplir con una obligación internacional? Para contestar a la empresa afirmó lo siguiente:

“(…) el problema en el fondo no es que un Estado se oponga al cumplimiento de obligaciones internacionales (cosa que es más común de lo que se esperaría), sino que en cada caso hay que atender a las razones de la supuesta negativa a cumplir con estas obligaciones. En este caso queda demostrado en el expediente que tanto el Procurador General del Estado como el Presidente de la Corte Nacional, han comunicado a esta Sala, en distintas ocasiones, los laudos en cuestión y que esta Sala ha reconocido el valor de los mismos; sin embargo, luego de justificar nuestro deber como funcionarios judiciales e invocar el marco jurídico pertinente para solucionar el conflicto entre obligaciones internacionales planteado ante esta sala, con total seguridad e independencia de las demás funciones del Estado, hemos decidido, en aplicación directa de los Arts. 1, 24, 25 y 30 de la Convención Americana, no restringir el derecho a una justicia efectiva a los demandantes de este juicio; así, dentro de estos mismos razonamientos, la Sala ha llegado a plantearse la pregunta de Chevron, Pero al revés: ¿Qué sentido tendría el derecho interno para los ciudadanos si sus decisiones pueden ser suspendidas por

decisiones de "autoridades internacionales" en procesos en los que estos mismos ciudadanos no participan,? El caso sería distinto si los demandantes de este juicio hubieran consentido en someterse al proceso arbitral, pues estarían vinculados a sus decisiones y no podrían alegar que se restringen sus derechos por la aplicación del mismo, pero es nuestro convencimiento que imponer el laudo a un tercero que no ha podido defenderse atenta contra el sentido más elemental de justicia, pues aunque el Laudo recaerá contra el Estado, sus efectos tendrían que ser tolerados por terceros invisibles e indefensos ante los autores del laudo. Así, aunque como afirma Chevron, "la discusión sobre la validez, eficacia tuvo lugar ante el Tribunal Arbitral", estamos convencidos que para esta discusión el Panel utilizó los cuerpos legales y normativas pertinentes para sus funciones, sin que necesariamente hayan considerado las normas que resultan vinculantes para nuestras funciones como jueces del Ecuador. Tampoco aparece que los Laudos hayan considerado la posible afectación de derechos e intereses de terceros, a los que no parece siquiera reconocer en su existencia, que es en cambio, la que esta Sala no puede ignorar"

En base a todo lo anterior, la Sala respondió a los árbitros con dos conclusiones fundamentales:

"No estamos obligados por orden de un Panel de Árbitros, a actuar fuera de la ley o hacer lo imposible o prohibido por ésta, de manera que, por la independencia nos ampara como administradores de justicia no hay orden de autoridad alguna que pueda obligarnos a actuar contra la Constitución y los instrumentos internacionales, admitiendo en nuestra judicatura la restricción en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana [...]"²⁶⁵ Así, aunque la Corte reconoció la validez del laudo y la vigencia de las obligaciones que estipulaba, se negó a cumplir la orden anteponiendo las obligaciones en materia de derechos humanos²⁶⁶"

(...)

"Mediante este pronunciamiento, esta Sala ratifica el compromiso del Ecuador con sus obligaciones internacionales, tanto en materia de inversiones como en derechos humanos, pero de acuerdo a nuestro análisis queda muy claro que, conforme a la Convención de Viena y otras obligaciones internacionales, en caso de duda sobre la aplicación de la norma, los últimos, es decir, los derechos humanos, tienen preferencia".

²⁶⁵ Ver Auto de 17 de febrero de 2012. Ver también Decisión de 1 de marzo de 2012, a las 16h58, de la Sala única de la Corte Provincial de Sucumbíos.

²⁶⁶ Ver Auto de 17 de febrero de 2012. Ver también Decisión de 1 de marzo de 2012, a las 16h58, de la Sala única de la Corte Provincial de Sucumbíos

En relación a la colisión entre las obligaciones internacionales de la República del Ecuador en el ámbito de las inversiones y en el ámbito de los Derechos Humanos se pronunció el Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas, en su informe de 2015, donde afirmó que:

“En el litigio en curso Chevron c. Ecuador, los árbitros del sistema de solución de controversias entre el inversor y el Estado ordenaron repetidas veces al poder ejecutivo del Ecuador que prohibiera la aplicación de las decisiones de las más altas instancias judiciales del país. Ello equivale a dismantelar los controles y constituye una violación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si algo es contra bonos mores es este ataque contra el estado de derecho y contra la separación constitucional de poderes”.²⁶⁷

Además, el relator se refirió al ordenamiento internacional señalando que, el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas establece que:

“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

Este artículo implica, en la acertada opinión de Zayas, que “los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales y los acuerdos de inversión que contienen disposiciones que estén en conflicto con la Carta, deben revisarse o revocarse, y deben suprimirse las disposiciones incompatibles con arreglo a la doctrina de la divisibilidad (severability)”.

Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también ofrece diversos apoyos para solventar los casos de posible incompatibilidad, que son señalados por el Relator, como el “pacta sunt servanda”, consagrada en el artículo 26 aplicación, que impide que un tratado posterior pueda considerarse legítimo si impide el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud de los tratados en vigor, a menos que las partes convengan expresamente en modificar los tratados anteriores. Continúa el relator señalando que

“De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta, los tratados posteriores deben en todo caso ajustarse a la Carta y no son válidos si obstaculizan la realización de sus propósitos y principios, incluidas sus disposiciones sobre derechos humanos”.²⁶⁸

²⁶⁷ Cuarto informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 69/178. A/70/285.

²⁶⁸ Ibidem.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, De Zayas señala que, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena, los tratados o disposiciones de tratados que violan normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*) son *contra bonos mores* y, en consecuencia, nulas y carente de toda validez. Así:

“Todo tratado que obstaculiza la capacidad de un Estado de cumplir sus obligaciones en relación con los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas es incompatible con el *ordre public* internacional y con los compromisos asumidos por todos los Estados en virtud de la Carta. Del mismo modo, los denominados tratados “leoninos” o desequilibrados como los que existen entre algunos nuevos Estados y expotencias coloniales deben considerarse contrarios a la Carta e incompatibles con el principio de la igualdad de los Estados”.

Este último inciso podría aplicarse respecto de los Contratos de liberación, que son una clara evidencia de un desequilibrio provocado por la connivencia entre el gobierno de aquel momento y la empresa transnacional.

Es también evidente que el principio “*pacta sunt servanda*” aplicado en el caso Chevron III impediría que un tratado posterior (como el TBI firmado entre Ecuador y Estados Unidos) pudiera considerarse legítimo si impide el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud de los tratados de derechos humanos en vigor.

Por último, es importante remarcar la clara obligación de jerarquización entre las obligaciones que derivan de los acuerdos de comercio e inversión y los derechos humanos en el art. 36 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁶⁹.

- Mandato 2: tomar medidas inmediatas, para impedir que se inste el cumplimiento de parte de dicha sentencia, por cualquier medio.

²⁶⁹ Art. 36: Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores. El actual marco constitucional del Ecuador y se mueve en esta línea al señalar en su artículo Art. 421 que “La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos”. Además, en su artículo 416 establece los principios de las relaciones internacionales del Ecuador, que deben responder a los intereses del pueblo ecuatoriano, y que, según su apartado 12, debe fomentar “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”.

El tribunal explicitó que estas medidas deben dirigirse a evitar las acciones orientadas a la ejecución de un amplio número de sujetos, que enumera el tribunal de la siguiente manera: los demandantes de Lago Agrio, toda organización creada para representar sus intereses (incluido el Frente de Defensa La Amazonia), cualquiera de sus representantes o cualquier otro tercero. Se trata evidentemente de un mandato de acción del Estado respecto de su relación con terceros que no son parte en el proceso. El tribunal está por tanto disponiendo de derechos de personas sobre las que no tiene jurisdicción.

Para acatar el laudo, la República del Ecuador debería, en primer lugar, vulnerar derechos constitucionales básicos. A los ya mencionados anteriormente podríamos añadir el recogido en el artículo 11.9, que dispone que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” en conjunción con el que se incluye en el artículo 75 (acceso a la justicia y tutela judicial efectiva).

En cuanto a las obligaciones internacionales, hay que recordar el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es especialmente importante el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que recoge las garantías judiciales²⁷⁰.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido constante al señalar que las “garantías judiciales” del artículo 8 se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia²⁷¹. Además, esta Corte ha afirmado con claridad que este derecho a la justicia no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo. En este sentido, la Corte ha afirmado que “cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia”, debe entenderse contraria al artículo 8 de la Convención²⁷².

²⁷⁰ 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

²⁷¹ Se ha utilizado el contenido de la recopilación de jurisprudencia seleccionada en la obra de Steiner, C., Uribe, P., (Coords) *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*. México : Suprema Corte de Justicia de la Nación ; Bogotá, Colombia. Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014

²⁷² Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131. Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, y Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 188.

Evidentemente, encontramos aquí una confrontación entre la protección del acceso a la justicia de las víctimas y la protección del derecho al acceso a la justicia que exige la empresa. Aun reconociendo que el TBI fuera aplicable al caso, que el tribunal arbitral fuera competente para decidir el caso y que la empresa tuviera un derecho a la justicia protegible y vulnerado por el Estado, el laudo provoca una confrontación que debe resolverse, sin duda, por la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así lo mandata tanto la Constitución ecuatoriana como el art. 36 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Por añadidura, cabe recordar que la mayor vulneración al derecho a la defensa de los afectados ecuatorianos ocurre debido a la utilización de mecanismos de solución de controversia entre inversionistas y el Estado. La utilización de esta “arma procesal” rompe la igualdad de armas procesales porque le ofreció a Chevron la posibilidad de discutir y resolver este juicio de manera secreta con el Gobierno de Ecuador – excluyendo la presencia de las comunidades afectadas que eran su legítimo contradictor y que son los titulares de los derechos afectados. Es decir, Chevron contó con un *arma procesal* adicional al utilizar los mecanismos de protección de inversiones contra el Estado, para influenciar en el resultado de un proceso entre privados. Todo este proceso de arbitraje rompe con el principio de igualdad de las partes porque brinda armas procesales adicionales a una de ellas, lo que se constituye inevitablemente en un grave impedimento para que los afectados ecuatorianos (y cualquier otro en situación análoga) puedan ejercer su derecho a la defensa.

Cabe señalar, por último, que durante el año 2018 se evidenció otra situación que demuestra las continuas prácticas de Chevron para incidir en la legislación ecuatoriana, cuando se debatió en Ecuador el proyecto de reformas al Código Orgánico General de Procesos. Entre las muchas reformas planteadas se incluyó una, que planteó la inclusión de un nuevo *recurso de revisión* de sentencias del orden civil, hasta diez años después de ejecutoriadas, siempre que así lo ordene un laudo arbitral²⁷³. El debate de esta propuesta de reforma tuvo lugar pocos días después de conocerse el Laudo de 2018, es decir, durante el mes de septiembre. Es importante recordar que Ecuador no ha tenido ni tiene otro caso pendiente en el que una orden arbitral ordene dejar sin efecto o anular un juicio entre particulares (ya hemos visto que el caso de City Oriente era diferente porque el Estado era quien demandaba ante la justicia ordinaria).

Así, pocos días después de la publicación del Laudo de 2018, la Asamblea Nacional del Ecuador se encontraba debatiendo un proyecto de reformas al Código Orgánico General de Procesos que incluía una vía que permitiría al Estado cumplir con lo ordenado por el Laudo mediante la

²⁷³ El autor de la enmienda fue el asambleísta Luis Fernando Torres, siendo asesorado por Alejandro Ponce Martínez (abogado de Chevron). Ver Informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, de 6 de agosto de 2018, presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado.

creación de la figura del recurso de revisión para anular sentencias ejecutoriadas, incluyendo entre las causas de esta revisión la existencia de un laudo arbitral. Esta causa para la revisión de sentencias ejecutoriadas no existe en ningún otro país. Finalmente, dada la alarma y la presión social generada por las organizaciones de víctimas y movimientos sociales, el inciso que establecía el laudo arbitral como causa para la revisión de sentencias fue eliminado del texto que se pasó a la votación final en el Pleno de la Asamblea Nacional.

Cabe retomar ahora a la luz de lo antedicho las dos preguntas señaladas al inicio, contestándolas de manera clara y concisa:

¿Hasta qué punto puede un gobierno renunciar de una manera tan amplia de sus obligaciones respecto de la garantía de los Derechos Humanos, incluyendo obligaciones establecidas en su propia Constitución y en diversos Tratados Internacionales que le son aplicables?²⁷⁴. La aplicación de los principios *pacta sunt servanda*, de la primacía del orden público internacional y del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas deberían implicar la nulidad de tales acuerdos.

¿Cabe proteger un contrato como este, sin duda contrario a las obligaciones del Estado establecidas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, bajo el paraguas de un TBI? Declarado nulo el acuerdo, por las razones antedichas, no cabría amparar la aplicación del mismo en las cláusulas del TBI.

b) Posibles efectos del laudo respecto de la relación entre Derechos Humanos y empresas.

Adicionalmente a los efectos producidos sobre Ecuador y los ecuatorianos, el Laudo produce efectos indeseables a nivel global por constituir un precedente para circunvenir procedimientos domésticos y evitar la participación de la contraparte relevante para el litigio. Esto convierte al arbitraje de protección de inversiones en una herramienta que puede proveer altos niveles de impunidad para las empresas transnacionales. De manera puntual, este laudo dismantela los controles y establece la supremacía de los derechos de inversionista sobre los derechos humanos de los ciudadanos. Así, aunque desde el punto de vista del derecho internacional público, está claro que dismantelar los controles constituye una violación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -y que en caso de conflicto entre las

²⁷⁴ Debe recordarse que el artículo 19.2 de la Constitución vigente en el momento de la firma de los Contratos de liberación en 1995 afirmaba lo siguiente: “Art. 19.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: 2.- El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectad y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente”.

obligaciones prevalecerán las obligaciones impuestas por el Pacto-, desde la perspectiva del Laudo de 2018 del caso Chevron III, se impone una lógica totalmente contraria.

Si el Laudo arbitral contra Ecuador no es anulado, consagraría la existencia de un mecanismo que permite a los inversionistas extranjeros evadir y superar los dictámenes de las jurisdicciones nacionales y, además, librarse de la contradicción con sus adversarios particulares, ya que estos no son admitidos en los procesos de protección de inversiones. Las víctimas de violaciones a derechos humanos encontrarían que todo el tiempo y esfuerzos que requiere acudir a la justicia ordinaria serían, a fin de cuentas, inútiles. La decisión final estaría siempre en manos de abogados particulares extranjeros (árbitros), que no escucharán sus voces y que rinden cuentas a nadie.

Además, crearía un funesto precedente para anteponer los derechos de inversionista a los derechos humanos, propinando un impulso expansivo capaz de crear niveles de impunidad que protegerían a las empresas transnacionales de reclamos en países con los que sus estados de origen hayan firmado un TBI.

Antes de concluir con el estudio del caso, es conveniente recordar las palabras del profesor Pigrau²⁷⁵, que se refería a lo paradójico que resulta que Chevron efectivamente pretenda que el gobierno de Ecuador y sus ciudadanos sean finalmente responsabilizados por la reparación de daños ambientales que causaron ellos. Con el antecedente de este mecanismo está en riesgo el éxito de cualquier demanda contra una empresa transnacional, ya sea por cuestiones de derechos humanos o comerciales, pues sus efectos jurídicos podrían desaparecer por órdenes de un panel arbitral. Así, un grupo de abogados privados, actuando como árbitros, pueden declarar que el sistema judicial de cualquier país es corrupto y ha violado los derechos de acceso a la justicia del inversionista extranjero y terminar de un plumazo con el derecho de acceso a la justicia de reclamantes particulares.

²⁷⁵ Pigrau, A., “The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization”, *Revista catalana de dret ambiental*, Vol. V Núm. 1 (2014): 1 – 43

Parte III. El Binding Treaty como vía para garantizar el acceso a mecanismos de justicia y reparación y la necesaria implicación de la Unión Europea.²⁷⁶

El 26 de junio de 2014, la hegemonía de las iniciativas basadas en textos no vinculantes dio un vuelco cuando el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó la Resolución 26/9 por la que se creó “un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato es elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los derechos humanos (OEIGWG)”²⁷⁷. La propuesta reflejó la necesidad, reiterada por diversos Estados desde la misma aprobación de los Principios Rectores, de evolucionar del ámbito de las normas basadas en la voluntariedad a un tratado internacional que asegure, entre otras cuestiones, el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas y la garantía de los derechos de las víctimas a la justicia y la reparación. Al presentar la iniciativa, los Estados proponentes recogieron el clamor de miles de víctimas y de años de luchas, el caso Chevron y los movimientos de solidaridad fraguados durante décadas han sido y son, sin duda, uno de los ejemplos acogidos como paradigma tanto de lucha como de necesidad del llamado Binding Treaty.

La Resolución 26/9 es un documento conciso, que parte del reconocimiento de la labor realizada anteriormente, con mención expresa de las Normas de 2003, y que señala con claridad que la responsabilidad principal de promover y proteger los derechos humanos implica también el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas transnacionales²⁷⁸.

En este marco, la Resolución establece cuatro directrices, una respecto del contenido y tres respecto del procedimiento. Empezando por esta última cuestión, cabe señalar que la Resolución enmarcó las obligaciones de los tres primeros grupos de trabajo. Los dos primeros, que tuvieron lugar entre el 6 y el 10 de julio de 2015²⁷⁹, y entre el 24 y el 28 de octubre de

²⁷⁶ Parte redactada por Adoración Guamán Hernández (PhD). Profesora titular de derecho de la Universitat de València.

²⁷⁷ Resolución A/HRC/RES/26/9 «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos»: adoptada con votación en el Consejo de derechos humanos (CDH) de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>

²⁷⁸ Todos los documentos relativos a las cuatro sesiones pueden encontrarse en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx>

²⁷⁹ El informe entero de esta primera sesión puede encontrarse en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>. Un resumen realizado por el Centro del Sur puede encontrarse en <https://es.southcentre.int/question/comienzan-discusiones-historicas-en-torno-a-la-elaboracion-de-un-instrumento-juridicamente-vinculante-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos/> y en el

2016²⁸⁰, debían consagrarse a deliberaciones constructivas sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional; en el tercero, que se celebró entre los días 23 a 27 de octubre de 2017, la Presidencia del Grupo de Trabajo presentó un documento de “elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos”, preparado bajo el mandato de la Resolución 26/9 y sobre la base de las dos primeras sesiones y el inicio de las negociaciones sustantivas²⁸¹. Más allá de las directrices respecto del contenido de los tres primeros grupos, la Resolución no se pronuncia sobre cómo organizar el resto de las sesiones necesarias hasta alcanzar el objetivo de la resolución: el Instrumento Vinculante. Teniendo claro este objetivo, la omisión de una referencia estricta respecto de qué contenido debían tener la cuarta y sucesivas reuniones de trabajo parece coherente con el respeto a la dinámica del grupo y con la necesaria prudencia para no predeterminar a muchos años vista un proceso tan complejo como cambiante. En otro sentido, no cabe duda de que la tercera sesión marca un punto de inflexión *hacia delante* por cuanto ha sentado las bases para la discusión de una propuesta ya escrita y porque en el Informe final de la tercera sesión la Presidencia del Grupo comprometió a presentar un borrador de texto articulado en la cuarta sesión, que tuvo lugar en octubre de 2018. Este “Draft 0”²⁸² se presentó efectivamente para ser debatido durante la cuarta sesión, recibiendo duras críticas a su contenido. El debate sobre el texto, y sus muchas carencias, continuará en la quinta sesión que está convocada para el mes de octubre del año 2019. En esta quinta sesión debe debatirse en torno al “Draft 1”, documento que la Presidencia debe presentar recogiendo los debates de la sesión anterior.

La Resolución estableció igualmente las características del Grupo que crea. Se trata de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto significa que los trabajos se abren a todos los Estados miembros de Naciones Unidas, a los que

South Bulletin de 23 Nov. 2015, Issues 87-88 https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/11/SB87-88_EN.pdf

²⁸⁰ El informe entero de esta segunda sesión puede encontrarse en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>.

²⁸¹

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

²⁸² Para una crítica del Draft 0 se remite al texto: Guamán, A., “Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. *Revista de Direito Internacional*. 15 - 2, pp. 85 - 115.

(Brasil): Centro Universitário de Brasília, 2018. Disponible en Internet en:

<<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5360/3959>>

tienen la categoría de observador, a las ONG con estatus consultivo ECOSOC y a otros actores, como organizaciones internacionales o institutos de derechos humanos. Todos pueden participar aportando insumos orales o escritos. Por otro lado, en la Resolución no se marca una fecha para el cierre de los trabajos, que durarán hasta que se adopte el instrumento o se decida abandonar la negociación. Por último, como decíamos en el apartado anterior, el texto deja claro el objetivo que se persigue, que no es otro que la regulación de las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas con la finalidad de evitar las vulneraciones de derechos humanos y la impunidad de estas entidades.

El ámbito subjetivo fue, y es, uno de los mayores focos de controversia. La Resolución 26/9, según indica en su propio título, se dirige a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre *las empresas transnacionales y otras empresas* con respecto a los derechos humanos. A efectos de delimitar el ámbito subjetivo en la segunda página de la resolución se añadió una nota al pie que señala lo siguiente: “El término “otras empresas” se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.

Más allá de esta precisión, la resolución no establece mayores detalles sobre qué instrumentos deben establecerse para esta regulación ni qué mecanismos pueden integrarse en el texto para evitar que las empresas vulneren los derechos humanos.

No va a desarrollarse en estas páginas el recorrido en detalle de los trabajos en el marco de la Resolución 26/9 y de las sesiones señaladas²⁸³, únicamente van a considerarse las cuestiones relativas al concreto desarrollo del Tercer Pilar, en la propuesta realizada tanto en el Documento de Elementos²⁸⁴ como en el “Draft 0”²⁸⁵ y en la propuesta de la Campaña Global²⁸⁶, únicos textos que han sido presentados al debate con un contenido detallado. A continuación, se tratará de manera breve la postura que ha adoptado la Unión Europea en estas negociaciones.

²⁸³ Se remite a la bibliografía recogida en Guamán, A., “Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. Revista de Direito Internacional. 15 - 2, pp. 85 - 115. (Brasil): Centro Universitário de Brasília, 2018. Disponible en Internet en:

<<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5360/3959>>

²⁸⁴

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

²⁸⁵ <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

²⁸⁶ https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CETIM-TNI_SP.pdf

1. El acceso a la reparación como elemento fundamental en la construcción del Binding Treaty.

El tema del acceso a la justicia ha ocupado un amplio espacio de los debates de las cuatro sesiones de los grupos de trabajo. Si bien es cierto que la cuestión de la extraterritorialidad y del mecanismo posible de supervisión del Tratado han sido muy cuestionadas, la necesidad de fortalecer los instrumentos en el plano estatal y la cooperación judicial internacional ha recibido un apoyo generalizado.

En el Documento de Elementos, se enfoca la cuestión del acceso a la justicia en una curiosa división en tres apartados, separando la cuestión de la responsabilidad jurídica, del acceso a la justicia y de la jurisdicción. Dicha separación añade complejidad al texto y se consideró aconsejable reubicar su contenido en dos grandes grupos de artículos; el primero sobre el acceso a la justicia y el segundo sobre la responsabilidad penal, civil y administrativa de las empresas y los mecanismos que deben implementar los Estados²⁸⁷. El Documento de Elementos de la Presidencia no incluye la palabra “extraterritorialidad”, uno de los conceptos más frontalmente rechazado, de manera paradójica, debido a su tradición jurídica, por actores como Estados Unidos y, desde luego, por los lobbies empresariales. Sin embargo, uno de los propósitos que se establecen está claramente vinculado a las obligaciones territoriales, puesto que el texto incluye la voluntad de “reafirmar que las obligaciones de los Estados Partes en relación a la protección de los derechos humanos no terminan en sus fronteras territoriales”. Además, en el apartado séptimo, dedicado a la jurisdicción, se indica la voluntad de adoptar un concepto “amplio” que permita evitar las limitaciones actuales derivadas de las fronteras territoriales²⁸⁸.

El Draft 0, debatido en la sesión de 2018, incluye las cuestiones relativas a los mecanismos de reparación en los artículos 8, 10 y 14.

²⁸⁷ Guamán, A., “Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. *Revista de Direito Internacional*. 15 - 2, pp. 85 - 115. (Brasil): Centro Universitário de Brasília, 2018. Disponible en Internet en: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5360/3959>>

²⁸⁸ El texto incluye los siguientes párrafos: “Particularmente, se ha considerado que el instrumento legalmente vinculante tiene un enorme potencial para evitar que las ETs y OEs hagan uso de las limitaciones derivadas de los límites territoriales a la jurisdicción para escapar de la potencial persecución por parte del Estado anfitrión, donde realizan sus operaciones. La inclusión de un concepto amplio de jurisdicción también permitirá a las víctimas de violaciones o abusos por parte de las corporaciones transnacionales el acceso a la justicia y la obtención de reparación ya sea a través del foro donde el daño fue causado, o en el foro donde la empresa matriz está radicada o donde tiene presencia sustancial”.

Bajo el título de “derechos de las víctimas” se recogen en el artículo 8 un conjunto de cuestiones que deberían agruparse bajo la rúbrica de “acceso a la justicia”. Este artículo es, junto con el Preámbulo y el artículo 10, el más comentado, y criticado, señalándose tanto lagunas como errores de técnica jurídica. En primer lugar, es importante remarcar que deberían haberse separado las obligaciones de los Estados de los derechos de las víctimas, y no colocarse todo bajo el mismo paraguas. Si se hubieran enumerado obligaciones directas de las empresas en el marco del respeto a los derechos humanos probablemente esto se habría evitado.

Respecto del contenido concreto, es necesario señalar las ausencias importantes en cuanto a previsiones específicas para las personas que defienden los derechos humanos. No hay una plasmación del enfoque de género en medidas concretas y se han eliminado diversas cuestiones incluidas en el apartado sexto del documento de elementos que deberían haberse mantenido (la obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para asegurar que los mecanismos no judiciales no sean considerados un sustituto de los mecanismos judiciales; la adopción de medidas de protección para evitar el uso de estrategias “intimidatorias” para disuadir reclamaciones o demandas individuales o colectivas; y la limitación del uso de la doctrina de *fórum non conveniens*).

Una de las cuestiones más criticadas ha sido la inclusión, a lo largo del conjunto de los apartados del artículo 8 (8.3, 8.4 y 8.5, 8.8), de la frase “de conformidad con el derecho interno”. Esta inclusión puede rebajar en buena medida las obligaciones que se deriven del Instrumento.

Por otro lado, se han integrado expresiones que podrían acarrear reticencias y rechazo entre los colectivos de personas afectadas. Por ejemplo, en el art. 8.2 se habla de la “recolocación de las víctimas”. Como es bien sabido es necesario tratar este tema con precaución y señalar, si se desea incluir la cuestión, que esta recolocación podría hacerse “a requerimiento de las mismas en todo caso”. También se ha cuestionado la adecuación del “Fondo Internacional para las Víctimas” que se establece en el artículo 8.7, para evitar que el Fondo se convierta en una vía de elusión de responsabilidades por parte de los actores económicos y en una carga específica de los Estados. El artículo debería incluir las líneas maestras de funcionamiento

Por último, es especialmente llamativo el contenido del artículo 8.12 donde se enumeran una serie de derechos que los Estados deben garantizar (el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad de opinión y expresión, a la reunión y asociación pacíficas, y a la libre circulación de las víctimas, sus representantes y familiares). Es evidente que en esta lista se han enumerado derechos civiles y políticos, y se han apartado los sociales, económicos y culturales. Esta diferenciación, además de ser incoherente con la frase que es el pórtico del Draft 0, responde a una tradición trasnochada, superada plenamente por la Constitución vigente en el Ecuador y por una amplia mayoría doctrinal, por lo que debería evitarse su reproducción.

En materia de acceso a la reparación es también fundamental el artículo 10, destinado a establecer la responsabilidad civil, penal y administrativa de las empresas concernidas por el Tratado, aun cuando de manera indirecta, es el corazón del texto. Contrariamente a lo que ocurría en el Documento de elementos, en este texto, todo el peso y la responsabilidad de conseguir que las empresas cumplan con la obligación de respetar los derechos humanos cae sobre los Estados. Respecto de este artículo pueden señalarse las siguientes carencias:

- Se ha omitido el desarrollo de la responsabilidad administrativa, eliminándose previsiones como, por ejemplo, la “no concesión de contratos públicos a empresas que hayan incurrido en conductas que den lugar a la violación de un derecho humano”, prevista en el Documento de elementos.
- No se incluye la responsabilidad directa del Estado por acciones y omisiones cometidas por empresas bajo su control, instrucción o dirección o que ejerzan autoridad gubernamental delegada, de manera expresa o tácita.
- Se introduce aquí también la expresión “con sujeción a su derecho interno”²⁸⁹.
- El artículo 10.6, sin duda uno de los más importantes del texto, que puede permitir la conexión de responsabilidades a lo largo de la cadena de producción, es vago e impreciso. Además, contiene expresiones como “*relación suficientemente estrecha*” o “*conexión sólida y directa*”, que por su amplitud e indeterminación, pueden permitir la elusión de responsabilidades por parte de las empresas matrices respecto de las violaciones cometidas por sus subsidiarias. Sería necesario incorporar definiciones de los términos más importantes como cadenas de producción, o control.
- El artículo 10.8 introduce la intencionalidad en el tipo penal, lo cual se aleja de diversos modelos de normas nacionales que vinculan la comisión del delito a la obtención de beneficio, directo o indirecto. Además el mismo apartado incluye el concepto “intermediarios”, que aparece por primera y única vez en el texto, sin mayor definición.
- El artículo 10.12 introduce una vía de escape, que debe revisarse a la luz del mandato de la primera frase del artículo 10.8: “En caso de que, *según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas*, esa Parte velará por que estas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias, por los actos contemplados en los dos párrafos anteriores”. Teniendo en cuenta los dos párrafos del mismo texto ¿deben o no las partes introducir responsabilidad penal a las empresas?

Abordando el complejo tema de la extraterritorialidad, debe señalarse además el particular interés del artículo 5.2. del Draft 0, uno de los más interesantes del texto. Sin duda, tiene

²⁸⁹ Por ejemplo, el artículo 10.4 indica que “con sujeción a su derecho interno, los tribunales que se declaren competentes con arreglo a la presente Convención podrán solicitar, cuando sea necesario, que se invierta la carga de la prueba con el fin de hacer efectivo el acceso de las víctimas a la justicia”.

aspectos positivos porque permite generalizar una expansión de la jurisdicción que solo existe en determinados países. Por un lado, siguiendo de nuevo lo comentado por Larry Catá, es positivo el reconocimiento de un ámbito subjetivo amplio (individuos o grupos de individuos). Por otro lado, incluye expresamente la posibilidad de demandar a la empresa en el lugar de la comisión de los hechos o del domicilio de la persona que cometió los mismos, ampliando la noción de domicilio²⁹⁰.

Sin embargo, el apartado 5.2 define “domicilio” con 4 posibles conexiones. Se trata de una lista cerrada que podría incluir una cláusula de apertura, dejando abierta la posibilidad a apreciar “otro elemento de conexión que permitiera la reparación adecuada de los derechos vulnerados”. También sería aconsejable incluir aquí, como ha señalado la Campaña Global, una mención específica respecto de la limitación de la utilización de la doctrina del foro de no conveniencia.

Por último, es importante destacar la fundamental cuestión de la relación entre las obligaciones de proteger, respetar y remediar los derechos humanos y la obligaciones derivadas de los tratados de comercio e inversión. Esta cuestión se ubica en el artículo 13. Como han remarcado tanto DEVA como otros comentaristas, por ejemplo el texto de FIAN, las disposiciones de los artículos 13.6 y 13.7, aun en línea con el Principio 9 de los Principios Rectores se quedan cortos y no consiguen precisar los detalles necesarios para “humanizar” los tratados de comercio e inversión.

Debe recordarse que el Documento de Elementos, dentro del apartado “principios”, incluía las siguientes dos previsiones:

“Reconocimiento de la *primacía* de las obligaciones respecto a los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión”.

“Obligación de los Estados Partes de realizar una evaluación de impacto sobre los derechos humanos de manera previa a la suscripción de acuerdos de comercio e inversión, incluyendo la identificación de cualquier potencial inconsistencia entre los tratados de derechos humanos preexistentes y los subsiguientes acuerdos comerciales o de inversión; así como la obligación de abstenerse de celebrar tales acuerdos cuando existan estas inconsistencias”.

²⁹⁰ En concreto el art. 4 del Reglamento Bruselas I establece lo siguiente: “1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. 2. A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro”.

Además, dentro de las “otras cláusulas posibles” reiteraba la posibilidad de introducir la primera cláusula, sobre la primacía. Sin embargo, y como puede apreciarse, el Draft 0 evita la afirmación de la primacía de los derechos humanos, evade la inclusión de las obligaciones respecto de las evaluaciones de impacto y presenta una curiosa contradicción entre los apartados 6 y 7 mencionados. En efecto, si en el primero de ellos se afirma la obligación de las partes de no incluir disposiciones en los tratados de comercio o inversión que entren en conflicto con lo dispuesto en el Instrumento; en el segundo, las mismas partes aceptan que estos acuerdos pueden afectar su capacidad para cumplir con las obligaciones que se derivan del Instrumento y por tanto, se obligan a interpretar *de la manera menos restrictiva posible* los acuerdos de comercio e inversión.

Analizada brevemente la última propuesta de texto articulado que está sirviendo de base a la negociación y tras el recorrido anterior por el caso Chevron, cabe preguntarse ¿un texto con este contenido habría sido un instrumento efectivo para que la vulneración del acceso a la reparación de las víctimas de Lago Agrio y la impunidad de Chevron no se hubieran producido?

La respuesta es una rotunda negativa. La vigencia de un texto como el propuesto en el “Draft 0” no cambiaría la situación de indefensión de las víctimas del caso Chevron. El Draft 0 no tiene capacidad para eliminar los obstáculos encontrados en el acceso a la justicia por varias razones. El texto no disminuye la desigualdad de armas procesales que beneficia las empresas transnacionales amparadas por un TBI, no establece límites para el abuso de la personalidad societaria ni regula el levantamiento del velo societario, no establece obligaciones ni cooperación relativas al acceso a información, ni tampoco atiende la desigualdad de las víctimas en comparación con los recursos disponibles para las empresas transnacionales, tampoco establece de manera clara la extraterritorialidad y está lleno de lagunas jurídicas que serían ampliamente aprovechadas por las empresas. Todos estos obstáculos encontrados en el caso Chevron pueden repetirse al amparo del Draft 0, por lo que, partiendo del mismo ejemplo paradigmático, está claro que un texto así no conduce a un mecanismo efectivo para desarrollar el Tercer Pilar. Es necesario, por tanto, revisar el texto para seguir dialogando sobre su contenido en la Quinta Sesión, a la luz del debate y de las líneas rojas mantenidas en las primeras sesiones de negociación.

2. La experiencia de la Unión Europea en materia de acceso a la justicia y su necesaria implicación en el proceso hacia el Binding Treaty.

No cabe duda de que la UE se ha implicado en el debate sobre la relación entre empresas y derechos humanos, fundamentalmente, pero no solo²⁹¹, a través del apoyo y promoción del texto de los Principios Rectores. Sin embargo, en el proceso hacia el Binding Treaty la UE se ha demostrado como el actor más beligerante y menos constructivo de los participantes en las reuniones del grupo.

a) Los avances en el seno de la UE hacia normas que regulen las obligaciones de las empresas respecto de los derechos humanos.

En apoyo de estos Principios, el Consejo de la Unión Europea, en sus Conclusiones sobre las empresas y los derechos humanos de 2016²⁹², recordó el compromiso de la UE y sus Estados miembros de emprender acciones para impulsar la cuestión de las empresas y los derechos humanos y muy en particular el desarrollo de Planes Nacionales de Actuación²⁹³. El Consejo de la Unión Europea señaló además en este texto que el acceso a la reparación efectiva para las víctimas debe abordarse en los planes de acción nacionales y que es necesario seguir avanzando en este tercer pilar de los Principios Rectores. El Consejo también pidió a la Comisión que incluyera el acceso a reparación en el futuro Plan de Acción de la UE sobre Conducta Empresarial Responsable, y que considerase la posibilidad de proporcionar orientaciones a los Estados miembros al respecto.

La cuestión de la reparación ha sido una de las más señaladas por la Comisión Europea al valorar el grado de cumplimiento de los Principios Rectores en el ámbito de la UE²⁹⁴. En opinión de la Comisión:

²⁹¹ La UE ha impulsado diversas normas que inciden, de manera sectorial o parcial, en la relación entre empresas y derechos humanos, inter alia, el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 o la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

²⁹² Conclusiones del Consejo sobre las empresas y los derechos humanos - Conclusiones del Consejo (20 de junio de 2016). 10136/16 COHOM 70 CONUN 113 DEVGEN 126 FREMP 109 COPS 186 CFSP/PESC 476. Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10254-2016-INIT/es/pdf>

²⁹³ En la actualidad son ya 15 los países que tienen un Plan de Acción Nacional.

²⁹⁴ Commission staff working document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights - State of Play, Brussels, 14.7.2015. SWD(2015) 144 final. Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/swd_2015_144_f1_staff_working_paper_en_v2_p1_818385.pdf

The European Commission and EU Member States are significant players in the development of a comprehensive system ensuring effective remedy for business-related human rights abuses across the European Union. In line with Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and consistent with Articles 81 and 82 TFEU, the Commission supports the establishment of an EU policy in the area of access to justice which aims at building a consistent body of law, which includes rules governing issues of jurisdiction and the recognition and enforcement of judicial decisions in civil and commercial matters, the applicable law, as well as judicial assistance in cross-border situations. Outside of these areas, EU Member States remain competent for ensuring effective remedies for victims of corporate-related human rights harm

En concreto, la Comisión resaltó la especial importancia de las normas internas de la UE respecto de la determinación de la jurisdicción y de la ley aplicable en materia civil para asegurar el acceso de las víctimas a la reparación.

En concreto, respecto del Reglamento Bruselas I²⁹⁵, que determina la competencia de los tribunales, la Comisión afirmó que el Reglamento “asegura el acceso a los tribunales de los Estados Miembros de la UE en demandas contra las empresas (matrices) domiciliadas en la Unión e impide la utilización de la doctrina del “forum non conveniens”²⁹⁶

En cuanto al Reglamento Roma I y Roma II, que determina la ley aplicable, la Comisión recordó que el primero de estos reglamentos “*builds in certain safeguards which allow exceptions to the obligation to apply foreign law when it is necessary to take into account considerations of public interest*”²⁹⁷.

²⁹⁵ Regulation No. 1215/2012/EU of 12 12 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters

²⁹⁶ Respecto de la jurisdicción aplicable, la Comisión señaló que: “According to the Regulation, a person domiciled in an EU Member State can generally be sued in the courts of that Member State (Art. 4). This means that transnational corporations, if they commit human rights violations, can be sued before the courts of the EU Member State where the company has its seat, central administration or principal place of business (Article 63 defines the domicile of companies), even for violations of human rights committed outside the EU (...) The Brussels I Regulation prevents (within its scope of application) national courts from applying the forum non conveniens doctrine. In fact, the European Court of Justice clarified that Art. 4 of the Brussels I Regulation precludes a national court of a Member State from declining the jurisdiction conferred on it on the ground that a court of a third State would be a more appropriate forum for the trial of the action, even if the jurisdiction of no other Member State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Member State. Thus, the Brussels I Regulation ensures access to the courts of EU Member States in actions against (parent) companies domiciled in the Union (...) Most EU Member States provide for jurisdiction of their courts over third state defendants when some connection to the Member State concerned exists, for instance when the defendant company has assets within that Member State or on the basis of forum necessitatis rules”

²⁹⁷ Respecto de la determinación de la norma aplicable, el documento de la Comisión recordó los elementos más interesantes de la normativa de la UE, señalando que “When a court in a Member State has jurisdiction in a case with

Advierte sin embargo el documento de la Comisión que, “the legal liability as such of parent companies for the actions of a subsidiary company, which is an issue of substantive liability laws, is not governed by EU but by national laws”. Esta afirmación remarca la necesidad de implementar normas que desde el ámbito internacional permitan establecer reglas claras sobre responsabilidad. Se trata, como ya se vio en el caso Chevron, del fundamental problema del “velo corporativo” y la realidad de las enormes cadenas globales de producción.

La referencia al Reglamento Bruselas I como ejemplo de marco normativo que permite eliminar los obstáculos para el acceso a los mecanismos judiciales ha sido señalada igualmente por el Parlamento Europeo en el conocido como informe Corrao²⁹⁸ y en la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP)). Más allá de los textos de la UE, la utilización del artículo 4 del Reglamento Bruselas I para admitir una demanda contra una empresa domiciliada en un Estado miembro por hechos cometidos en un Estado distinto es una realidad, ya comentada anteriormente, cuyo máximo exponente en la actualidad es el caso Vedanta.

Por otro lado, y ya respecto a la cuestión de la coherencia en las políticas de la UE, ya se indicó en el inicio de este informe que en el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019), se indica que la UE y sus Estados miembros se comprometen a

a cross-border element, it has to determine which country's law is applicable to the dispute. The respective rules have been harmonised at EU level by the Rome I Regulation for contractual obligations and by the Rome II Regulation for non-contractual obligations (also referred to as torts or delicts). The Rome I Regulation can be relevant whenever corporate human rights violations occur vis-à-vis parties with whom a European parent corporation or a third country subsidiary has a contractual relationship, for example its suppliers. The Regulation generally allows the parties to choose the applicable law. In the absence of choice, it prescribes the applicable law of the country where the party required to effect specific performance under the contract has its habitual residence. This can be the law of a third country. Irrespective of the applicable law in a given dispute, the court will be able to apply the overriding mandatory provisions of the law of the forum. Special rules also exist to protect employees under the Regulation. With regard to tort, according to the general rules of the Rome II Regulation, the applicable law is that of the country where the damage occurred. In the case of corporate human rights violations this rule could lead to application of the substantive laws of the third State which would then govern the establishment of liability, damages, the limitation periods, etc. The Rome II Regulation builds in certain safeguards which allow exceptions to the obligation to apply foreign law when it is necessary to take into account considerations of public interest. Under the Regulation courts can refuse to apply a provision of a foreign law on the grounds that the result of such application would be incompatible with their public policy. This may be the case for example if the foreign law legitimises manifest breaches of human rights...”

²⁹⁸ Informe sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países de 19 de julio de 2016 (2015/2315(INI)).

emprender acciones para impulsar la cuestión de las empresas y los derechos humanos en el marco de los Principios Rectores, asegurando entre otras actuaciones que:

“The EU will also ensure a comprehensive human rights approach to preventing and addressing conflicts and crises, and further mainstream human rights in the external aspects of EU policies in order to ensure better policy coherence, in particular in the fields of migration, trade and investment, development cooperation and counter terrorism²⁹⁹”.

La mención de necesaria coherencia entre la política de comercio e inversión y los derechos humanos es particularmente importante. La conocida estrategia de 2015 de la Comisión titulada «Comercio para todos», estableció entre sus objetivos la utilización de “los acuerdos comerciales y programas de preferencias para impulsar en todo el mundo el desarrollo sostenible, los derechos humanos, el comercio justo y ético y para aumentar la responsabilidad de las cadenas de suministro como medio para reforzar el desarrollo sostenible, los derechos humanos, la lucha contra la corrupción y la buena gobernanza en terceros países”.

Este compromiso fue recordado por el Parlamento en el Informe Sánchez Caldentey, donde además se afirmó que el Parlamento: “deplora que las cláusulas relativas a los derechos humanos incluidas en los acuerdos de libre comercio y otros acuerdos de asociación de carácter económico no siempre sean respetadas en su totalidad por los Estados signatarios³⁰⁰”.

En la resolución de 4 de octubre de 2018, el Parlamento señaló que:

“Considerando que existe una asimetría entre los derechos y las obligaciones de las empresas transnacionales, sobre todo en los tratados de protección de la inversión, en los que se conceden a los inversores amplios derechos, como el «trato justo y equitativo», que no siempre tienen el contrapeso de obligaciones vinculantes y ejecutorias en términos de respeto de los derechos humanos y la legislación laboral y medioambiental a lo largo de toda la cadena de suministro;

(...)

“Destaca la importancia de que la Unión y sus Estados miembros participen activamente en este proceso intergubernamental mediante la creación de un grupo de trabajo con participación de todos los servicios pertinentes de la Comisión, el SEAE, el Grupo de

²⁹⁹ En la misma línea, en el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019), de 20 de junio de 2015, se indica que la UE y sus Estados miembros se comprometen a emprender acciones para impulsar la cuestión de las empresas y los derechos humanos en el marco de los Principios Rectores (Acción 18a).

³⁰⁰ Informe sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección (2016/2140(INI)) de 17 de abril de 2017.

Trabajo del Consejo «Derechos Humanos» y las comisiones competentes del Parlamento, sobre la base del principio de coherencia de las políticas en favor del desarrollo”.

Es de particular importancia respecto de la cuestión de la coherencia atender a la situación actual de la política de la UE respecto de los TBI y del mecanismo de ISDS, marcada de manera fundamental por el caso Achmea³⁰¹. En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una cuestión prejudicial afirmando que el modelo ISDS es contrario al principio de confianza mutua entre los Estados miembros, a la preservación del carácter propio del derecho creado por los tratados, que se asegura por la institución de la cuestión prejudicial y no es compatible tampoco con el principio de cooperación leal entre los Estados miembros. El tribunal sostuvo que no cabe comparar este tipo de mecanismos con los arbitrajes comerciales, elegidos libremente por las partes sin participación de los estados. Al contrario, el ISDS supone una voluntad manifiesta de dos estados de acordar la sustracción de la competencia de sus propias jurisdicciones, y por tanto de manera conexas la del TJUE, respecto de determinados litigios en los que intervengan los inversores.

Varios meses después, el 15 de enero de 2019, los Representantes de los Gobiernos de todos los Estados Miembros de la Unión emitieron una declaración sobre las consecuencias jurídicas de Achema sobre la protección de inversiones en la Unión Europea. La importancia de esta Declaración y la necesaria coherencia entre las políticas en el interior de la UE y su política exterior aconsejan la reproducción de algunos de sus párrafos fundamentales³⁰².

En su página primera la Declaración contiene este párrafo especialmente claro:

“All investor-State arbitration clauses contained in bilateral investment treaties concluded between Member States are contrary to Union law and thus inapplicable. They do not produce effects including as regards provisions that provide for extended protection of investments made prior to termination for a further period of time (so called sunset or grandfathering clauses). An arbitral tribunal established on the basis of investor-State arbitration clauses lacks jurisdiction, due to a lack of a valid offer to arbitrate by the Member State party to the underlying bilateral investment Treaty”

(..)

In light of the ECOFIN Council conclusions of 11 July 2017, Member States and the Commission will intensify discussions without undue delay with the aim of better

³⁰¹ Asunto C-284/16 de 6 de marzo de 2018.

³⁰² https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

ensuring complete, strong and effective protection of investments within the European Union. Those discussions include the assessment of existing processes and mechanisms of dispute resolution, as well as of the need and, if the need is ascertained, the means to create new or to improve existing relevant tools and mechanisms under Union law

En su parte dispositiva, la Declaración señala lo siguiente:

“1. By the present declaration, Member States inform investment arbitration tribunals about the legal consequences of the Achmea judgment, as set out in this declaration, in all pending intra-EU investment arbitration proceedings brought either under bilateral investment treaties concluded between Member States or under the Energy Charter Treaty.

2. In cooperation with a defending Member State, the Member State, in which an investor that has brought such an action is established, will take the necessary measures to inform the investment arbitration tribunals concerned of those consequences. Similarly, defending Member States will request the courts, including in any third country, which are to decide in proceedings relating to an intra-EU investment arbitration award, to **set these awards aside or not to enforce them due to a lack of valid consent**.

3. By the present declaration, Member States inform the investor community that no new intra-EU investment arbitration proceeding should be initiated.

4. Member States which control undertakings that have brought investment arbitration cases against another Member State will take steps under their national laws governing such undertakings, in compliance with Union law, so that **those undertakings withdraw pending** investment arbitration cases.

5. In light of the Achmea judgment, Member States will terminate all bilateral investment treaties concluded between them by means of a plurilateral treaty or, where that is mutually recognised as more expedient, bilaterally.

6. Member **States will ensure effective legal protection pursuant to the second subparagraph of Article 19(1) TEU** under the control of the Court of Justice against State measures that are the object of pending intra-EU investment arbitration proceedings.

7. Settlements and arbitral awards in intra-EU investment arbitration cases that can no longer be annulled or set aside and were voluntarily complied with or definitively enforced before the Achmea judgment should not be challenged. Member States will discuss, in the context of the plurilateral Treaty or in the context of bilateral

terminations, practical arrangements, in conformity with Union law, for such arbitral awards and settlements. This is without prejudice to the lack of jurisdiction of arbitral tribunals in pending intra-EU cases.

8. Member States will make best efforts to deposit their instruments of ratification, approval or acceptance of that plurilateral treaty or of any bilateral treaty terminating bilateral investment treaties between Member States no later than 6 December 2019. They will inform each other and the Secretary General of the Council of the European Union in due time of any obstacle they encounter, and of measures they envisage in order to overcome that obstacle.

De esta declaración se desprenden varias cuestiones (se señalan solo las relevantes para el caso Chevron):

- La UE mandata a sus Estados miembros acatar la sentencia *Achmea* y denunciar los TBI intra-UE. El derecho de la UE prima por tanto, a modo de derecho constitucional de la Unión, sobre compromisos adoptados por sus Estados miembros. Los Estados miembros afirman que el principio de primacía del derecho de la UE sobre los TBI se basa en las previsiones del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados y del derecho internacional consuetudinario (*lex posterior*). Este argumento fue utilizado por la defensa de Ecuador en el Caso Chevron para exigir la primacía de su Constitución y desechado por el tribunal arbitral.
- La denuncia de estos TBI (realizada por orden de la UE) dejará igualmente sin efecto las llamadas cláusulas de “supervivencia” (que extienden hacia el futuro la vigencia del TBI). De hecho, los Estados miembros informan a la “comunidad de inversores” que ningún nuevo procedimiento arbitral intra-UE debe ser iniciado.
- Los tribunales arbitrales no pueden interpretar el contenido de los TBI de manera contraria al derecho de la UE. Se frena por tanto la tendencia a la interpretación expansiva que ha marcado casos como el de Chevron.
- Los tribunales arbitrales establecidos sobre la base de estos tratados carecen de jurisdicción, hacia el futuro y *respecto de los asuntos pendientes*.
- Los Estados miembros deben decidir y así comunicarlo a su poder judicial el no acatamiento y no ejecución de un laudo arbitral.

Evidentemente, esta Declaración adoptada por los Estados miembros de la UE supone una impugnación de la supuesta intangibilidad y primacía de los TBI sostenida como base para la condena al Ecuador en el caso Chevron. Si el caso Chevron se hubiera producido en el ámbito intra-UE, en estos momentos el laudo sería anulado y se ordenaría su no ejecución. El argumento no es tanto la vigencia del Tratado aplicable, que en Chevron ni tan siquiera se cumple, sino la arquitectura del propio sistema de arbitraje inversor Estado que impugna la

arquitectura de aplicación y control del derecho de la Unión, la cual descansa sobre el TJUE y el poder judicial de sus estados miembros.

Por propia coherencia en sus políticas, la UE no debería promover lo que considera no compatible con el derecho interno, máxime cuando las consecuencias son las que se han señalado en el caso Chevron. En este sentido, el conjunto de la política de comercio e inversión de la UE debería ser revisada y el compromiso de primacía de los instrumentos de derechos humanos sobre las normas de protección de la inversión debería impulsarse sin dilación en todos los ámbitos, dentro y fuera de la UE.

b) El falso enfrentamiento entre el apoyo al desarrollo de los Principios Rectores y el impulso del Binding Treaty

Como salta a la vista, en los últimos años, la UE se ha esforzado en remarcar su apoyo a los Principios Rectores y la idoneidad de distintos aspectos de su normativa para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de empresas transnacionales. Sin embargo, y aunque a efectos de conseguir una nivelación del terreno de juego existente para las empresas europeas y el resto de actores económicos, la UE ha sido una de las mayores detractoras del salto cualitativo hacia el Binding Treaty. En efecto, una de las cuestiones más remarcables de aquellas Conclusiones de 2016 a las que nos referimos al principio de este epígrafe, fue el posicionamiento del Consejo respecto de otras posibles vías de actuación sobre la cuestión³⁰³. El Consejo indicó de manera clara que toda futura medida relativa al marco jurídico internacional sobre las empresas y los derechos humanos en el ámbito de la ONU debe ser inclusiva, estar firmemente arraigada en los Principios Rectores y dirigirse a todo tipo de empresas³⁰⁴.

Esta posición respecto a los Principios Rectores mantenida por el Consejo de la Unión Europea ha marcado, sin duda, el posicionamiento reticente cuanto menos de la UE respecto del proceso comenzado con la Resolución 26/9 hacia el Binding Treaty. Sin embargo, este parecer no es unánime entre las instituciones de la Unión. De hecho, y como es ya bien sabido, desde el año 2015, el Parlamento Europeo, como ya hemos visto, ha manifestado en numerosas ocasiones su pleno apoyo al proceso de la Resolución 26/9³⁰⁵. Además, y con importancia fundamental, el 4

³⁰³ Conclusiones del Consejo sobre las empresas y los derechos humanos - Conclusiones del Consejo (20 de junio de 2016). 10136/16 COHOM 70 CONUN 113 DEVGEM 126 FREMP 109 COPS 186 CFSP/PESC 476. Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10254-2016-INIT/es/pdf>

³⁰⁴ En la misma línea, en el Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019), de 20 de junio de 2015, se indica que la UE y sus Estados miembros se comprometen a emprender acciones para impulsar la cuestión de las empresas y los derechos humanos en el marco de los Principios Rectores (Acción 18a).

³⁰⁵ Entre otras pueden citarse las siguientes resoluciones:

de mayo de 2018 la Comisión de Desarrollo presentó un proyecto de Resolución titulado “Resolución del Parlamento Europeo respecto de la postura de la Unión Europea en el Tratado Vinculante de Naciones Unidas sobre empresas transnacional y otras empresas con características transnacionales con respecto de los derechos humanos” (2018/2656(RSP)). La misma fue adoptada en la sesión plenaria del Parlamento, en su versión original, el día 4 de octubre de 2018. En la Resolución el Parlamento Europeo remarca, entre otras cuestiones, su pleno apoyo al proceso del *Binding Treaty* e incluso detalla algunas recomendaciones sobre su contenido.

-
- Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2016, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015) (2016/2219(INI)). En su apartado 84 recoge que “Acoge con satisfacción los trabajos iniciados para la elaboración de un tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos; lamenta los comportamientos obstructivos en relación con este proceso, y pide a la Unión y sus Estados miembros que participen constructivamente en estas negociaciones”;
 - Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2017, sobre la revisión del Consenso Europeo sobre Desarrollo (2016/2094(INI)). En el apartado 56, el Parlamento señala que “Considera indispensable que el nuevo Consenso haga referencia a un sólido compromiso de la Unión por implantar un marco internacional jurídicamente vinculante para que las empresas se responsabilicen de sus prácticas abusivas en los países donde operan, ya que afectan a todos los ámbitos de la sociedad —desde la explotación del trabajo infantil a la ausencia de un salario digno, desde vertidos de petróleo a la deforestación masiva, desde el acoso a los defensores de los derechos humanos a la apropiación de tierras”;
 - Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de abril de 2016, sobre el sector privado y el desarrollo (2014/2205(INI)). En el apartado 8, el Parlamento anima a la Unión a apoyar el proceso para la consecución de un instrumento que “aclare las obligaciones de las empresas transnacionales con respecto a los derechos humanos, y de las empresas con respecto a los Estados, y prevea el establecimiento de soluciones eficaces para las víctimas en aquellos casos en los que es evidente que la jurisdicción nacional es incapaz de sancionar a esas empresas de forma eficaz”;
 - Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2016, sobre las prioridades de la UE para los periodos de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2016 (2015/3035(RSP)). En el apartado 28, se llama a la participación de forma “constructiva”;
 - Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2015, sobre la financiación para el desarrollo (2015/2044(INI)). En su apartado 36 pide que se establezca un marco jurídico vinculante para las empresas, incluidas las corporaciones transnacionales, que incluya un mecanismo para tratar las quejas;
 - Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2015, sobre las prioridades de la UE para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2015 (2015/2572(RSP)). En su apartado 32 pidió a los Estados miembros que participaran en el proceso, como veremos, no se atendió esta petición.
 - Informe sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países de 19 de julio de 2016 (2015/2315(INI)) (Informe Corrao)
 - Informe sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección (2016/2140(INI))(Informe Sánchez-Caldentey)

La postura sostenida por la representación de la Unión Europea en Ginebra a lo largo de las sesiones de trabajo del grupo³⁰⁶, en la línea de lo afirmado por el Consejo y opuesta a la recomendada por el Parlamento Europeo, ha sido permanentemente crítica con la posibilidad de la adopción de una norma internacional vinculante como la que se pretende en la Resolución 26/9³⁰⁷. Esta postura ha implicado una fuerte ralentización de los trabajos del Grupo, así como una polarización de las posturas.

Aun cuando su posición ha marcado fuertemente el devenir del proceso hacia el Binding Treaty, es importante remarcar que, hasta el momento, la Unión Europea no está participando de manera formal en la negociación dado que carece del preceptivo mandato de negociación, algo que se recordó en la pregunta para respuesta oral con debate en plenario, presentada en el Parlamento Europeo sobre el posicionamiento de la UE en el OEIWG. En concreto, la pregunta destaca que, aunque la UE no tiene un mandato de negociación, realmente su posición está marcando los debates del grupo. Asimismo, se pidieron explicaciones respecto de las razones que han impedido una participación activa en el proceso, al tiempo que se le requiere sobre la posibilidad de elaborar una postura común de cara a la cuarta sesión³⁰⁸. En la comparecencia en el plenario de 2 de octubre de 2018, tanto el representante de la Comisión como el del Consejo mantuvieron una postura similar³⁰⁹, centrada en el apego a los Principios Rectores pero sin negar un posible apoyo a un proceso hacia la consecución de normas vinculantes.

³⁰⁶ Debe recordarse que la opinión que mantiene la UE en el CDH se conforma en Consejo de la Unión Europea, concretamente en uno de sus comités preparatorios, el llamado COHOM (*Working Party on Human rights*), que se encarga de los aspectos relacionados con los derechos humanos de las relaciones exteriores de la UE y coordina la posición de los Estados miembros en los foros multilaterales de derechos humanos y en particular en el Consejo de Naciones Unidas sobre la cuestión.

³⁰⁷ Para un resumen del recorrido de la Resolución 26/9 y de la postura de la Unión Europea vid. Guamán, A., González, G., *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete. 2018 y la bibliografía allí recogida.

³⁰⁸ Preguntas parlamentarias. 27 de junio de 2018. O-000075/2018. Pregunta con solicitud de respuesta oral a la Comisión. Artículo 128 del Reglamento. Linda McAvan, en nombre de la Comisión de Desarrollo Bernd Lange, en nombre de la Comisión de Comercio Internacional Pier Antonio Panzeri, en nombre de la Comisión de Asuntos Exteriores.

³⁰⁹ Los puntos fundamentales de esta postura fueron los siguientes:

- La Unión Europea se encuentra plenamente vinculada al debate respecto de la relación entre empresas y derechos humanos y no se opone, en principio, a discutir un instrumento jurídicamente vinculante, razón por la cual la UE, según señaló el representante de la Comisión, se había sumado al proceso liderado por Ecuador. Cabe destacar que apenas dos semanas después la UE se negó a participar activamente en la cuarta sesión del OEIWG en el Consejo de Derechos Humanos y a aceptar las conclusiones preliminares del grupo de trabajo.
- La Unión Europea, sin embargo, mantiene las dos reticencias fundamentales: el texto debe orientarse a todas las empresas y la base de las negociaciones deben ser los Principios Rectores. De hecho, en dos de las tres primeras sesiones de trabajo se abrió un punto respecto de estos principios que, como es bien sabido, ya tienen un grupo específico para su debate.

Ya en el marco de la Cuarta Sesión, la UE enmarcó su postura en su primera intervención oral. En la misma, tras reiterar sus críticas al proceso, finalizó afirmando lo siguiente:

“We believe the added value of any possible legally binding instrument should be to enhance the protection of and respect for human rights as well as to ensure a level playing field for companies globally. Therefore, it is essential for any proposal to reach sufficient traction amongst UN member states. We are aware that a number States are not in the room, and that many more are not ready to engage in negotiations in the current format. It is also important to ensure policy coherence and avoid any duplication of efforts. We have been reflecting internally about which type or format of a legally binding instrument would stand the best chance of achieving this level playing field.

On the basis of these various considerations from the EU’s perspective, we are not yet at a stage where a formal negotiating mandate could be sought to engage in this format of discussions. The EU therefore reserves its position on the draft legally binding instrument presented in this session and requests that this reservation be recorded in the report of this session. We look forward to listening to the positions expressed by all and expect that the report of the session will reflect accurately and nominally all views and positions.

In closing, the EU is committed to building on our solid set of legislation and policies and to working globally with all States and stakeholders to make genuine progress on the Business and Human Rights agenda. We are committed to continuing to engage at the UN level or in other formats to consider the best way to ensure that any further legal development addresses the real needs to prevent abuses and ensure access of victims to remedy when abuses occur. We are committed to a meaningful and tangible progress on Business and Human Rights as this agenda is connected to wider issues, linking the promotion and protection of human rights to other global issues: trade, investment,

- La UE exige un proceso que sea liderado de manera “imparcial, inclusivo, transparente y predecible”. Se trata de unos requisitos cuanto menos extraños en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos, la exigencia de imparcialidad en la elaboración de un tratado sobre derechos humanos y de predicibilidad no ha sido desarrollada.

- El representante de la Comisión afirmó que, aunque no se había informado hasta el momento al Parlamento Europeo ni se había tomado en cuenta su opinión, expresada hasta en 9 ocasiones como se ha señalado anteriormente, en el futuro se le tendría en cuenta.

- La Comisión considera que el valor añadido de un instrumento debe ser asegurar la nivelación del terreno de juego de las empresas a nivel global y que es importante asegurar la coherencia de las políticas y el apoyo de los Estados miembros. De la misma manera reconoció que es necesario un mejor acceso a los remedios (a la tutela judicial efectiva) para las víctimas.

Por su parte el representante del Consejo afirmó que iniciarían los trámites para el preceptivo mandato de negociación cuando se recibiera una recomendación según lo establecido en el artículo 218 del TFUE

environment, social and labour protection, tax evasion, corruption, and the list is long. In short, collectively, we need to harness globalization”.

El objetivo de “encauzar la globalización” en el marco de la promoción y la protección de los derechos humanos requiere una acción decidida, efectiva, que pueda generar una nivelación del terreno de juego para el conjunto de los actores empresariales y que asegure la protección de todas las víctimas y su derecho a la reparación efectiva, independientemente del país en el que se cometió la violación. Los principios no vinculantes, que no generan obligaciones ni para los Estados ni para las empresas no son suficientes. La vigencia de los Principios Ruggie no está permitiendo una adecuada implementación de su Tercer Pilar, los Planes Nacionales de Actuación son insuficientes, las víctimas siguen sin poder acceder a la reparación y las empresas gozan de derechos reforzados que, gracias a las normas que regulan el comercio y la inversión, han primado en ocasiones sobre los derechos humanos.

La Unión Europea apuesta por seguir desarrollando los Principios Ruggie, por esperar a que más Estados se sumen a la iniciativa, por “evitar duplicidades”, pero ninguno de estos argumentos es consistente. La compatibilidad entre el desarrollo de los Principios en sus múltiples contenidos y la negociación constructiva del Binding Treaty es perfectamente posible; la espera a que otros Estados estén listos es un argumento sin fundamento, con 27 Estados miembros y con la influencia que ha demostrado en otras regiones como América Latina, la Unión Europea podría darle el impulso necesario al proceso de la Resolución 26/9; además, no hay un problema de “duplicados” dado que el Tercer Pilar se encuentra prácticamente sin desarrollar.

En materia de derechos humanos, la progresividad es un mandato y las actuales carencias de los mecanismos de reparación requieren una actuación decidida en forma de obligaciones de hacer a los Estados que impidan que catástrofes como la de Chevron vuelvan a repetirse.

Por otro lado, en materia de la coherencia interna entre las políticas de la UE, debe recordarse lo señalado en el apartado anterior respecto de la nueva postura de la UE ante los TBI³¹⁰.

³¹⁰ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

Parte IV. Conclusiones y recomendaciones: ni el caso Chevron puede repetirse ni Chevron puede quedar impune.

El acceso a los mecanismos de reparación en el caso de violaciones de derechos humanos es un requisito fundamental, sin el cual no puede afirmarse la propia existencia de los mismos, que viene siendo cuestionado de manera particularmente reiterada en el ámbito de la relación entre empresas y derechos humanos. La existencia de un conjunto de Principios y Declaraciones que desarrollan de manera no vinculante las obligaciones estatales respecto de las garantías de reparación de los derechos humanos no ha conseguido mejorar la situación de miles de víctimas que, como en el caso Chevron, persiguen sin éxito la reparación efectiva desde hace 26 años.

La realidad demuestra dos dinámicas. Por un lado, los Estados siguen sin cumplir con la obligación de adoptar los mecanismos de reparación necesarios, ni en el ámbito nacional ni en el internacional, que permitan evitar la impunidad y la indefensión de las víctimas³¹¹. Por otro lado, y frente a la escasa o impotente actuación estatal, las empresas transnacionales utilizan estrategias diversas, tanto organizativas como jurídicas, para eludir y evadir las responsabilidades de reparación de las violaciones de derechos humanos que puedan cometer.

En este sentido, el caso Chevron demuestra cómo la empresa transnacional se ha servido de todo tipo de estrategias jurídicas para obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas de sus actividades en la Amazonía. La doctrina del foro de no conveniencia para evitar la aplicación extraterritorial de la justicia ha sido el método más efectivo para evitar que los tribunales del estado de origen de la empresa conocieran del asunto. La utilización del velo corporativo y del entramado societario ha sido una vía reiteradamente utilizada por Chevron para mantener su capital al abrigo de los intentos de ejecución de una sentencia firme. Evidentemente, la no ejecución de esa sentencia es una vulneración directa del derecho a la reparación efectiva de las víctimas. El caso Chevron evidencia igualmente que, aun cuando una empresa transnacional llega a ser juzgada y condenada, la reparación puede frustrarse por la utilización de una vía paralela abierta únicamente para la defensa de los intereses de las empresas por las normas de atracción de la inversión extranjera y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado.

Aun cuando esta doble categoría de obstáculos al acceso a la reparación es bien conocida, el salto cualitativo necesario para embridar el poder corporativo y disciplinar su actuación bajo las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, continua sin producirse. Este salto

³¹¹ En esta línea vid. las conclusiones del informe: Skinner, G., et al., «El Tercer Pilar: El acceso efectivo a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales», International Corporate Accountability Roundtable, icar, core y European Coalition for Corporate Justice, ECCJ, 2013.

cuantitativo, necesario para que el caso Chevron no se repita, puede materializarse con la adopción del Binding Treaty que se analizó la Parte III de este informe.

Evidentemente, la adopción de este instrumento no es una tarea sencilla y la actuación de la Unión Europea, es fundamental, no solo por sus avances en el plano interno sino particularmente porque su Derecho Originario la compromete con la promoción de los Derechos Humanos en el mundo. En efecto, los valores fundamentales de la UE (artículo 2 TUE) en sus líneas de actuación respecto de las relaciones internacionales (artículo 3.5 y artículo 21.1 y 21.1.b TUE), son una base que no solo faculta, sino que *obliga* a la UE a actuar con decisión para asegurar la existencia de mecanismos de garantía de los Derechos Humanos.

Tomando estas consideraciones como base, el informe concluye en esta Parte IV con una serie de recomendaciones orientadas a una doble finalidad: evitar que el caso Chevron, la dupla indefensión/impunidad, pueda volver a producirse y exigir la adecuada reparación de las víctimas del “Chernobyl ecuatoriano” provocado por la empresa.

En el plano de las recomendaciones de *lege ferenda*, se ha señalado que la Unión Europea debe responder al mandato de promoción de los derechos humanos en el mundo, un mandato que rige en su derecho originario, e impulsar un instrumento que permita garantizar el respeto y la reparación de los mismos. En concreto, el proceso de la Resolución 26/9 es hoy en día el único que persigue la introducción de este tipo de medidas con carácter obligatorio.

En concreto, respecto de la cuestión de las garantías de reparación y acceso a la justicia y a la luz de lo analizado en este informe y en las fuentes citadas, pueden destacarse diversos elementos que se plantean como urgentes y podrían ser impulsados por la Unión en el proceso hacia el Binding Treaty, por ejemplo y entre otras cuestiones:

- La adopción en el plano estatal de instrumentos normativos que aseguren que las empresas puedan ser consideradas responsables penal, administrativa y civilmente por su implicación directa o por su complicidad en violaciones de los derechos humanos.
- La adopción en el plano estatal de instrumentos normativos que aseguren que las empresas matrices (aquellas que ejercen el control en las cadenas de producción) estén legalmente obligadas a responder por las violaciones sobre los derechos humanos que pudieran tener las acciones de cualquier parte de dicha empresa³¹².
- La adopción en el plano estatal de instrumentos normativos que aseguren que las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden interponer acciones judiciales y obtener la reparación efectiva en el Estado de origen de la empresa por actos

³¹² Skinner, G., et al., «El Tercer Pilar: El acceso efectivo a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales», International Corporate Accountability Roundtable, icar, core y European Coalition for Corporate Justice, ECCJ, 2013.

cometidos por ella y por las entidades que componen su cadena de producción en terceros Estados.

- La adopción en el plano estatal de instrumentos normativos que eliminen los obstáculos que impidan a las víctimas plantear y demandar los crímenes de derechos humanos cometidos por las empresas transnacionales³¹³, entre otros y en particular, los siguientes: la garantía de un juez imparcial e independiente, el impulso debido (no atrasos), el acceso a la información sobre los recursos existentes, incluyendo judiciales y no judiciales, la igualdad de armas procesales, la asistencia jurídica gratuita cuando sea necesario, el acceso a la información necesaria para la adecuada defensa, la habilitación de las acciones colectivas relacionadas con los derechos humanos y litigios de interés público; facilitar el acceso a la información relevante y la obtención de pruebas en el exterior; la adopción de medidas de protección para evitar el uso de estrategias “intimidatorias” por las empresas para disuadir reclamaciones o demandas individuales o colectivas; limitación del uso de la doctrina de *forum non conveniens*”
- La adopción en el plano estatal de las medidas adecuadas y efectivas para garantizar la pronta, completa e imparcial investigación de la violación, así como para garantizar la compensación, reparación, restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción, y no repetición, así como la reparación ambiental de las áreas afectadas, incluyendo los gastos respectivos
- La adopción en el plano estatal de instrumentos normativos que sitúen a los titulares de derechos humanos en un lugar central en el proceso de reparación.
- La adopción en el plano estatal de mecanismos específicos que aseguren la perspectiva de género y que se dirijan a la protección específica de las y los defensores de derechos humanos.
- El compromiso de cooperación ente los Estados para prevenir, investigar, castigar y reparar las violaciones a los derechos humanos y para asegurar el acceso a la justicia y la reparación efectiva para aquellas personas afectadas por impactos adversos en los derechos humanos derivados de la acción de las empresas con actividad transnacional bajo su jurisdicción. Entre otras cuestiones debería remarcarse la obligación de cooperar en materia judicial entre sí, incluyendo las investigaciones criminales, la asistencia legal recíproca, el intercambio de informaciones y datos, la recopilación de pruebas, el reconocimiento y ejecución de sentencias.

³¹³ Posible inclusión “ incluyendo la habilitación de las acciones colectivas relacionadas con los derechos humanos y litigios de interés público; facilitar el acceso a la información relevante y la obtención de pruebas en el exterior; la inversión de la carga de la prueba; la adopción de medidas de protección para evitar el uso de estrategias “intimidatorias” por las empresas para disuadir reclamaciones o demandas individuales o colectivas; limitación del uso de la doctrina de *forum non conveniens*”

Además, es interesante recuperar la recomendación del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que señaló que las labores de reparación debían ser eficaces, en cuanto al proceso en sí y a los resultados³¹⁴, lo que implica evidentemente las garantías de la ejecución de las sentencias condenatorias.

También deben recordarse las recomendaciones del Parlamento Europeo, en particular, apartado 14 y apartado 11 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP)). El Parlamento señaló que:

“El tratado vinculante debe partir del marco de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y comprender: la definición de obligaciones imperativas de diligencia debida para las empresas transnacionales y otras empresas, también con respecto a sus filiales, el reconocimiento de obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia de derechos humanos, así como de la responsabilidad penal de las empresas, mecanismos de coordinación y cooperación entre los Estados en los ámbitos de investigación, procesamiento y ejecución en casos transfronterizos, y el establecimiento de mecanismos internacionales de carácter judicial y extrajudicial para fines de supervisión y ejecución; considera que el nuevo instrumento debe imponer a los Estados la obligación de adoptar medidas legislativas que exijan a las empresas la aplicación de políticas y procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos, y propone que se haga cumplir esta obligación haciendo que las empresas sean responsables en el territorio en el que se causó el daño o en aquel en el que se constituyó la empresa matriz o esta tiene una presencia significativa”.

En cuanto a la necesidad de evitar que las normas de comercio e inversión supongan un obstáculo al acceso a los mecanismos de reparación de los derechos humanos, el futuro tratado debería contener una clara declaración de la primacía de los derechos humanos en el Derecho internacional.

Además, el instrumento podría integrar precisiones como las siguientes:

- La obligación de los Estados de incorporar en la normativa interna mecanismos que permitan identificar cualquier potencial conflicto entre sus obligaciones bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tratados de comercio e inversión que les obliguen o se encuentren negociando y evitar la ratificación de los instrumentos que

³¹⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, presentado de conformidad con las resoluciones 17/4 y 35/7 del Consejo de Derechos Humanos el 18 de julio de 2017 (A/72/162).

incluyan disposiciones contrarias, tal y como exige el principio del carácter vinculante de los tratados.

- La obligación de los Estados de incorporar en la normativa interna mecanismos que obliguen a realizar de manera previa a la conclusión de estos tratados una Evaluación de Impacto en Derechos Humanos (EIDH), incluyendo el derecho al desarrollo, que debe ser periódicamente revisada³¹⁵.

Respecto de esta cuestión, la Recomendación de Parlamento Europeo de 2018 es absolutamente clara, al indicar en su párrafo 11 que:

“Reitera la primacía de los derechos humanos en el Derecho internacional, de conformidad con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, y la necesidad de consolidarla mediante un sistema inequívoco por el que las obligaciones de derechos humanos prevalezcan efectivamente sobre otros tipos de obligaciones en conflicto y se dispongan mecanismos adecuados para hacer cumplir la legislación en materia de derechos humanos, de control y de reparación, junto con un sistema adecuado de sanciones y compensaciones en caso de violaciones; insiste en que se trata de una cuestión esencial para superar los desequilibrios de la globalización y para dar prioridad a los derechos de las personas y al planeta; subraya que la coordinación y el intercambio de información y de buenas prácticas permiten contribuir positivamente a las iniciativas emprendidas por aquellas empresas que han decidido respetar los derechos humanos y las normas sociales y medioambientales”.

En cuanto al concreto Caso Chevron, la narración del caso nos ha permitido reafirmar algunas de las características más críticas del funcionamiento de los mecanismos de ISDS y su impacto respecto de los derechos humanos, demostrando la necesidad de evitar que las normas de comercio e inversión supongan un obstáculo al acceso a la reparación de las víctimas de violaciones a Derechos Humanos causados por empresas transnacionales. En concreto el caso demuestra que³¹⁶:

- Los árbitros se auto-legitiman para la revisión de la conducta de cualquier poder del Estado y para desplazar cualquier rama del ordenamiento nacional, que queda anulada por la aplicación del TBI.

³¹⁵ Se recoge en este artículo lo dispuesto en el párrafo 23 de la Recomendación del Consejo de Europa, CM/Rec (2016) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas (adoptada por el Comité de Ministros el 2 de marzo de 2016 en la 1249ª reunión de los Delegados de los Ministros)

³¹⁶ Se recogen aquí algunas de las características señaladas por Boholavsky y Justo que se reflejan de manera particular en el caso Chevron. Vid., Boholavsky, J.P., Justo, J.B., “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 3, Nº 5; Marzo 2015.

- La decisión del panel arbitral, incuestionable en el ámbito interno, deja la soberanía del Estado en manos de otro Estado (en este caso la jurisdicción de los Países Bajos).
- La decisión del panel impone al Estado el incumplimiento de su ordenamiento jurídico interno y la vulneración de los derechos humanos de su ciudadanía.
- El panel arbitral asume funciones regulatorias, con evidentes implicaciones sobre materias que desbordan las cuestiones reguladas en el TBI. El concepto de inversión se convierte en una realidad que permite al tribunal adoptar decisiones sobre cualquier materia que ellos consideren conexas.
- El laudo ignora sistemáticamente el lugar de los derechos humanos, minando la capacidad del Estado de desarrollar las necesarias políticas para su protección.
-

Frente a esta realidad, la Unión Europea no puede quedar impasible. El reciente mensaje lanzado con la sentencia Achmea es claro, se reconoce la primacía del derecho de la Unión Europea frente a los TBI firmados entre los Estados miembros y se ordena la paralización de los procedimientos arbitrales en curso y la no ejecución de los laudos condenatorios. Se demuestra por tanto que es posible embridar a los paneles arbitrales y someterlos a las decisiones del poder judicial, una sumisión que los Estados deben apoyar.

Si frente a esta nueva dinámica que cuestiona claramente el ISDS, el caso Chevron sigue su curso y el laudo es asumido y aplicado, se lanzará un doble mensaje a la comunidad internacional (a esa comunidad de inversores a la que interpela la Declaración de los Estados Miembros de la UE): dentro de la Unión Europea el ISDS no puede ser utilizado para atacar la soberanía estatal y los derechos humanos pero fuera de este territorio el mecanismo de protección arbitral sigue pudiéndose utilizar para proteger a las empresas que cometen crímenes contra el planeta y las vidas humanas.

El artículo 3.5 del TUE no faculta a la Unión sino que le obliga a la defensa del ambiente y de los Derechos Humanos en el mundo. En este sentido, y aun en el plano declarativo, sería necesario que el Parlamento Europeo emitiera una opinión crítica con el proceso arbitral y sus posibles graves consecuencias para las víctimas, para el planeta y para el conjunto de los Derechos Humanos³¹⁷.

³¹⁷ 3.5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Todavía no se ha escrito el último capítulo de la historia del caso contra Chevron. Podría ser la consagración de un sistema de (in)justicia que permite a los actores transnacionales actuar al margen de los derechos humanos (con el mensaje implícito de que es posible atentar contra el planeta y las vidas humanas durante 30 años y no asumir las consecuencias). Pero también podría ser el génesis de nuevas relaciones jurídicas donde se garantice la prevalencia de los derechos humanos por encima de los derechos de los inversionistas. Las Cortes Holandesas jugarán un papel muy importante al decidir entre estos caminos cuando decidan acerca la demanda de nulidad del Laudo de 2018, que ha sido interpuesto por el Gobierno de Ecuador. La batalla sigue.

Anexo I. "TRATADO ENTRE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES

La República del Ecuador y los Estados Unidos de América, en adelante, "las Partes";

Deseando promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a las inversiones hechas por nacionales y sociedades de una Parte en el territorio de la otra Parte;

Reconociendo que el acuerdo sobre el tratamiento a ser otorgado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes;

Conviniendo en que, a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones;

Reconociendo que el desarrollo de los vínculos económicos y comerciales puede contribuir al bienestar de los trabajadores en las dos Partes y promover el respeto por los derechos laborales reconocidos internacionalmente; y

Habiendo resuelto concertar un tratado sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones, Han acordado lo siguiente:

Art. 1.-

1. A efectos del presente Tratado:

a)"Inversión" significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:

i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;

ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos;

iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;

iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:

Las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras,

Los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,

Los diseños industriales,

Las obras de estampado de semiconductores,

Los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y

Las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y;

v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.

b) "Sociedad" de una Parte significa cualquier clase de sociedad anónima, compañía, asociación, sociedad comanditaria u otra entidad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o de una subdivisión política de la misma, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o pública;

c) "Nacional" de una Parte significa la persona natural que sea nacional de una Parte de conformidad con su legislación.

d) "Rendimiento" significa la cantidad derivada de una inversión o vinculada a ella, incluidos los beneficios, los dividendos, los intereses, las plusvalías, los pagos de regalías, los honorarios de gestión, asistencia técnica u otra índole, y las rentas en especie.

e) "Actividades afines" significa la organización, el control, la explotación, el mantenimiento y la enajenación de sociedades, sucursales, agencias, oficinas, fábricas u otras instalaciones destinadas a la realización de negocios; la celebración, el cumplimiento y la ejecución de contratos; la adquisición, el uso, la protección y la enajenación de todo género de bienes, incluidos los derechos de propiedad intelectual; el empréstito de fondos; la compra, emisión y venta de acciones de capital y de otros valores, y la compra de divisas para las importaciones.

f) "Empresa estatal" significa la empresa que sea propiedad de una de las Partes o que esté controlada por esa Parte mediante derechos de propiedad.

g) "Delegación" significa la concesión legislativa y la orden, norma u otra disposición oficial que transfieran autoridad gubernamental a una empresa o monopolio estatal, o le autoricen el ejercicio de dicha autoridad.

2. Cada Parte se reserva el derecho de denegar a cualquier sociedad los beneficios del presente Tratado si dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país y, en el caso de una

sociedad de la otra Parte, si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el cual la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales.

3. Ninguna modificación en la forma en que se invierten o reinvierten los activos alterará el carácter de los mismos en cuanto a inversión.

Art. 2.-

1. Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado. Cada Parte se compromete a notificar a la otra Parte, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Tratado o en dicha fecha, todo ordenamiento interno del cual tenga conocimiento referente a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo. Cada Parte se compromete igualmente a notificar a la otra Parte toda futura excepción con respecto a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo y a limitar dichas excepciones al mínimo. Las excepciones futuras de cualquiera de las Partes no se aplicarán a las inversiones existentes en los sectores o asuntos correspondientes en el momento en que dichas excepciones entren en vigor. El trato que se otorgue conforme a los términos de una excepción será, salvo que se especifique lo contrario en el Anexo, no menos favorable que el que se otorgue en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país.

2. a) Lo dispuesto en el presente Tratado no impedirá que las Partes mantengan o establezcan empresas estatales.

b) Cada parte se asegurará de que las empresas estatales que mantenga o establezca actúen de manera compatible con las obligaciones de esa Parte en virtud del presente Tratado, cuando ejerzan cualquier facultad reguladora, administrativa o pública que le haya sido delegada por esa Parte como, por ejemplo, la facultad de expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros Gravámenes.

c) Cada parte se asegurará de que las empresas estatales que mantenga o establezca concedan el mejor trato, ya sea el nacional o el de la nación más favorecida, a la venta de sus bienes o servicios en el territorio de la Parte.

3. a) Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los Artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aun cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales o en los tribunales administrativos de una de las Partes.

c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.

4. Sin perjuicio de las leyes relativas a la entrada y permanencia de extranjeros, se permitirá a los nacionales de cada Parte la entrada y permanencia en el territorio de la otra Parte a fines de establecer, fomentar o administrar una inversión, o de asesorar en la explotación de la misma, en la cual ellos, o una sociedad de la primera Parte que los emplee, hayan comprometido, o estén en curso de comprometer, una cantidad importante de capital u otros recursos.

5. A las sociedades que estén legalmente constituidas conforme al ordenamiento interno de una Parte, y que constituyan inversiones, se les permitirá emplear al personal administrativo superior que deseen, sea cual fuera la nacionalidad de dicho personal.

6. Como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, ninguna de las Partes establecerá requisitos de cumplimiento que exijan o que hagan cumplir compromisos de exportación con respecto a los bienes producidos, o que especifiquen que ciertos bienes o servicios se adquieran en el país, o que impongan cualesquiera otros requisitos parecidos.

7. Cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión.

8. Cada Parte hará públicos las leyes, los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos y los fallos judiciales relativos a las inversiones o que las atañan.

9. El trato otorgado por los Estados Unidos de América a las inversiones y actividades afines de los nacionales y de las sociedades de la República del Ecuador, conforme a las disposiciones del presente Artículo será, en cualquiera de los estados, territorios o posesiones de los Estados Unidos de América, no menos favorable que el trato que se otorgue a las inversiones y

actividades afines de los nacionales de los Estados Unidos de América que residan en los demás estados, territorios o posesiones de los Estados Unidos de América, y a las sociedades constituidas legalmente, conforme al ordenamiento interno de dichos otros estados, territorios o posesiones.

10. Las disposiciones del presente Tratado relativas al trato de nación más favorecida no se aplicará a las ventajas concedidas por cualquiera de las Partes a los nacionales o las sociedades de ningún tercer país de conformidad con:

a) Los compromisos vinculantes de esa Parte que emanen de su plena participación en uniones aduaneras o en zonas de libre comercio, o

b) Los compromisos vinculantes de esa Parte adquiridos en virtud de cualquier convenio internacional multilateral amparado por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio que entre en vigencia tras la firma del presente Tratado.

Art. 3.-

1. Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización equivaldrá al valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda utilizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y será transferible libremente.

2. El nacional o sociedad de una Parte que sostenga que su inversión le ha sido expropiada total o parcialmente tendrá derecho a que las autoridades judiciales o administrativas competentes de la otra Parte examinen su caso con prontitud para determinar si la expropiación ha ocurrido y, en caso afirmativo, si dicha expropiación y la indemnización correspondiente se ajustan a los principios del derecho internacional.

3. A los nacionales o las sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado nacional de excepción, insurrección, disturbios entre la población u otros acontecimientos similares, la otra Parte les otorgará, con respecto a las medidas que adopte en lo referente a

dichas pérdidas, un trato menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o las sociedades de cualquier tercer país.

Art. 4.-

1. Cada parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o se saquen del mismo se realicen libremente y sin demora. Dichas transferencias comprenden: a) los rendimientos; b) las indemnizaciones en virtud del Artículo III; c) los pagos que resulten de diferencias en materia de inversión; d) los pagos que se hagan conforme a los términos de un contrato, entre ellos, las amortizaciones de capital y los pagos de los intereses devengados en virtud de un convenio de préstamo; e) el producto de la venta o liquidación parcial o total de una inversión, y f) los aportes adicionales al capital hechos para el mantenimiento o el fomento de una inversión.

2. Las transferencias se harán en una moneda libremente utilizable, al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia con respecto a las operaciones al contado realizadas en la moneda que se ha de transferir.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente Artículo, cada Parte podrá conservar las leyes y los reglamentos que a) requieran la presentación de informes acerca de las transferencias monetarias y b) graven impuestos sobre la renta por medios tales como la retención de impuestos aplicable a los dividendos u otras transferencias. Además, cada Parte podrá proteger los derechos de los acreedores o asegurar el cumplimiento de los fallos dictados en procedimientos judiciales, mediante la aplicación equitativa, imparcial y de buena fe de sus leyes.

Art. 5.-

Las Partes convienen en consultarse con prontitud, a solicitud de cualquier de ellas, para resolver las diferencias que surjan en relación con el presente Tratado o para considerar cuestiones referentes a su interpretación o aplicación.

Art. 6.-

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones

extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o

b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o

c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o

ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste;

iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o

iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme al párrafo 3, cumplirá el requisito de:

a) Un "consentimiento por escrito" de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y

b) Un "acuerdo por escrito" a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

5. Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii, iii ó iv del inciso a), párrafo 3 del presente Artículo, tendrá lugar en un Estado que sea Parte en la Convención de Nueva York.

6. Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes en la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio.

7. En todo procedimiento relativo a una diferencia en materia de inversión, las Partes no emplearán como defensa, reconvención, derecho de contra reclamación o de otro modo, el hecho de que la sociedad o el nacional interesado ha recibido o recibirá, según los términos de un contrato de seguro o de garantía, alguna indemnización u otra compensación por todos sus supuestos daños o por parte de ellos.

8. A efectos de un arbitraje efectuado según lo previsto en el párrafo 3 del presente Artículo, toda sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o subdivisión política de la misma que, inmediatamente antes de ocurrir el suceso o los sucesos que dieron lugar a la diferencia, constituyera una inversión de nacionales o de sociedades de la otra Parte, deberá ser tratada como nacional o sociedad de esa otra Parte, conforme al inciso b), párrafo 2, del Artículo 25 de la Convención del CIADI.

Art. 7.-

1. Toda diferencia entre las Partes concerniente a la interpretación o aplicación del presente Tratado que no se resuelva mediante consultas u otras vías diplomáticas, se presentará, a solicitud de cualquiera de las Partes, a un tribunal de arbitraje para que llegue a una decisión vinculante conforme a las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), excepto en cuanto dichas normas hayan sido modificadas por las Partes o por los árbitros.

2. En el plazo de dos meses a partir de la recepción de la solicitud, cada Parte nombrará a un árbitro. Los dos árbitros nombrarán como presidente a un tercer árbitro que sea nacional de un tercer Estado. Las Normas de la CNUDMI relativas al nombramiento de vocales para las juntas

de tres miembros se aplicarán, mutatis mutandis, al nombramiento de la junta arbitral, salvo que la autoridad denominativa a la que hacen referencia esas reglas será el Secretario General del Centro.

3. Salvo acuerdo en contrario, todos los casos se presentarán y todas las audiencias concluirán en un plazo de seis meses a partir del nombramiento del tercer árbitro, y el Tribunal dictará su laudo en un plazo de dos meses a partir de la fecha de las últimas presentaciones o de la fecha de clausura de las audiencias, si esta última fuese posterior.

4. Los gastos incurridos por el Presidente y los otros árbitros, así como las demás costas del procedimiento, serán sufragados en partes iguales por las Partes. Sin embargo, el Tribunal podrá, a su discreción, ordenar que una de las Partes pague una proporción mayor de las costas.

Art. 8.-

El presente Tratado no menoscabará:

a) Las leyes, los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos y los fallos administrativos y judiciales de cualquiera de las Partes;

b) Los compromisos jurídicos internacionales, ni

c) Los compromisos asumidos por cualquier de las Partes incluidos los que estén incorporados a los acuerdos o a las autorizaciones de inversión, que otorguen a las inversiones o a las actividades afines un trato más favorable que el que les otorga el presente Tratado en situaciones parecidas.

Art. 9.-

1. El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus compromisos respecto del mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de los intereses esenciales de su seguridad.

2. El presente Tratado no impedirá que cualquiera de las Partes prescriba trámites especiales con respecto al establecimiento de inversiones, pero dichos trámites no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos que se enuncian en el presente Tratado.

Art. 10.-

1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.
2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:
 - a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III;
 - b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o
 - c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.

Art. 11.-

El presente Tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las Partes.

Art. 12.-

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de 10 años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.
2. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.
3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación.

4. El Protocolo y la Carta Anexa formarán parte integral del presente Tratado.

EN FE DE LO CUAL, los respectivos plenipotenciarios han firmado el presente Tratado.

HECHO en Washington a los veinte y siete días del mes de agosto de mil novecientos noventa y tres, en dos textos en los idiomas español e inglés, ambos igualmente auténticos. Firmado por la República del Ecuador; Firmado por los Estados Unidos de América.

