

Test.
KHK
3725
.C33
C66
2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Constitucionalidad de los Tratados Bilaterales de Inversión: Una mirada crítica al proceso de denuncia por parte del Estado ecuatoriano

Proyecto de investigación

133252

Víctor Daniel Cabezas Albán

Jurisprudencia

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de abogado

USFQ - BIBLIOTECA

Quito, 12 de junio de 2017

201630-00111723

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“Constitucionalidad de los Tratados Bilaterales de Inversión: Una mirada crítica al proceso de denuncia por parte del Estado ecuatoriano”

Víctor Daniel Cabezas Albán

Dr. Rodrigo Jijón
Director del Trabajo de Titulación

Dra. Claudia Salgado
Lectora del Trabajo de Titulación

Mario Navarrete, LLM
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in black ink, each written over a horizontal dotted line. From top to bottom, the signatures correspond to: Víctor Daniel Cabezas Albán, Dr. Rodrigo Jijón, Dra. Claudia Salgado, and Dr. Farith Simon. The signatures are fluid and cursive.

Quito, julio del 2017

Informe del director

Alumno: Víctor Cabezas
Tema: "Constitucionalidad de los Tratados Bilaterales de Inversión: una mirada crítica al proceso de denuncia por parte del Estado Ecuatoriano".
Evaluador: Rodrigo Jijón L.
Fecha: 30 de mayo de 2017

1. *Importancia del tema planteado*

El tema planteado por el estudiante es trascendente y actual. La renuncia del Estado Ecuatoriano a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) genera una serie de interrogantes políticos, económicos y jurídicos que necesitan ser abordados con profundidad.

El estudiante hace importantes consideraciones de orden político y económico, sin embargo, por la naturaleza de este trabajo, su mayor aporte es el análisis constitucional del proceso de denuncia y de las justificaciones en las que Ecuador funda su decisión de denunciar estos tratados.

El estudiante parte de las reflexiones que se hicieron en la Asamblea Constituyente de Montecristi, su visión de los TBI y la confusión plasmada en el texto del Art. 422 de la Constitución de la República.

Pasa posteriormente a analizar el proceso que se siguió para la denuncia de los TBI y establece convincentemente que el camino seguido por el Estado Ecuatoriano era legalmente innecesario. Revisa con gran rigor las decisiones de la Corte Constitucional utilizadas para denunciar los tratados y los criterios de la Comisión creada por el ejecutivo para "auditar" los tratados y el sistema de arbitraje.


Es muy interesante el estudio que Víctor Cabezas hace sobre la relación entre los tratados de protección a los derechos humanos y los tratados de garantía de inversiones. Esta es una discusión reciente en el arbitraje internacional que el estudiante la aborda con prolijidad.

Trascendencia de la hipótesis

La importancia del tema planteado y el rigor con el que el mismo ha sido abordado por el estudiante hacen que su tesina resulte trascendente. Aspiro a que estudios serios como el contenido en esta tesina sirvan como herramienta de consulta y reflexión para autoridades y funcionarios públicos que tienen a su cargo la política del Estado en materia de relaciones internacionales.

Suficiencia de los materiales empleados

Los materiales utilizados en la elaboración de la tesina son suficientes. El estudiante funda sus razonamientos y conclusiones en las fuentes jurídicas e históricas adecuadas. Analiza con detalle las actas de la Asamblea Constituyente, las resoluciones de la Asamblea Nacional y de la Corte Constitucional, los tratados internacionales, la doctrina y



jurisprudencia nacional e internacional aplicable a los diferentes temas materia del estudio. Estamos frente a un trabajo realizado de manera inteligente, diligente y metódica.

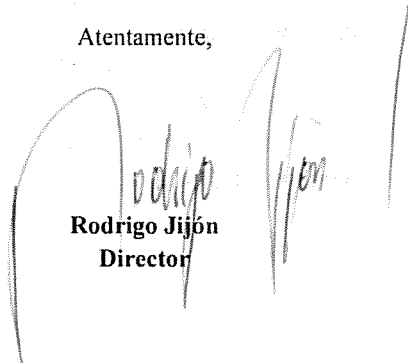
Contenido argumentativo

Como resultado de los comentarios realizados en este informe, el contenido argumentativo del trabajo es muy bueno. El razonamiento es claro, directo y crítico.

2. *Conclusión*

Por lo mencionado, considero que el trabajo es de mérito y lo apruebo para que sea defendido ante un tribunal.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rodrigo Jijón', is written over the typed name and title. The signature is fluid and cursive.

Rodrigo Jijón
Director

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento, certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, los derechos de propiedad intelectual de este trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice su respectiva digitalización y publicación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:



Nombres y apellidos:

Víctor Daniel Cabezas Albán

Cédula de identidad:

1715060404

Lugar y fecha:

Quito, 12 de junio de 2017

A Fabián Jaramillo Terán

Con especial afecto y profundo agradecimiento a mi madre, Nancy Albán Grados, a mi eterna correctora Valentina Lucio Paredes, a mis profesores del Colegio de Jurisprudencia, a Daniela Salazar y Juan Pablo Albán, a mi Director Rodrigo Jijón, a nuestro Decano Farith Simon y a Juan Pablo Aguilar Andrade

RESUMEN

Este trabajo de titulación aborda la problemática derivada del proceso de denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión emprendida por el Estado ecuatoriano en 2008 y concretada finalmente en 2017. Considerando que la base jurídica esencial para que el Gobierno denuncie estos instrumentos internacionales descansa en la supuesta prohibición de celebración de TBI con cláusulas arbitrales establecida en el Art. 422 de la Constitución, el primer capítulo desglosa cada uno de los elementos de esta norma y profundiza en su real alcance prohibitivo. Seguidamente el autor se enfoca en revisar los diversos procesos sustanciados ante la Corte Constitucional donde la Presidencia solicitó que se declaren inconstitucionales los TBI y que se ordene su denuncia. Particularmente, se examina la validez de los fundamentos jurídicos por los cuales la Corte Constitucional se declara competente para declarar la inconstitucionalidad de un tratado válidamente celebrado por el Estado, es decir, su competencia para ejercer un control de constitucionalidad ex post. Asimismo, se analizan los argumentos de fondo utilizados por la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de los TBI, esto es, la ocurrencia de un cambio esencial de circunstancias que hacen inejecutables las cláusulas de resolución de conflictos así como la prohibición dispuesta en el Art. 422 de la Constitución. Finalmente, el autor hace una breve reseña del trabajo efectuado por 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. Con especial énfasis se examina una de las conclusiones de CAITISA sobre la incompatibilidad de las obligaciones derivadas de los TBI con aquellas comunes a los Tratados en materia de Derechos Humanos. Este postulado es ampliamente abordado en el último capítulo especialmente en lo referente a las interacciones problemáticas entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos.

ABSTRACT

This paper addresses the juridical issues that derive from the denouncement of the different Bilateral Investment Treaties executed by the Ecuadorian Government in 2008 and finalized in 2017. Considering that the fundamental base for the denouncement was the prohibition to celebrate international instruments with arbitral clauses established by Art. 422 of the Ecuadorian Constitution, the author analyses each element of this norm in order to determine the existence of an absolute prohibition that was alleged by the Government. Likewise, this paper studies the different judgements issued by the Constitutional Court that declared the BIT unconstitutional. Particularly, the author examines whether the Court was competent to exercise an ex post conventionality control of the BIT as well as the validity of the arguments exposed by the Constitutional Judges for the purposes of declaring these international instruments as unconstitutional. Finally, this paper briefly exposes and evaluates the work of CAITISA, a governmental commission whose mandate was to audit the BIT and the international investment protection system. Specifically, the author addresses one of the commissioners postulate regarding the incompatibility of the obligations derived from the BIT with the international human rights obligations.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
CAPÍTULO I: EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008 Y LOS TBI	3
1.1 La Asamblea Constituyente de Montecristi y su visión sobre los TBI	3
1.2 Análisis hermenéutico del Art. 422 de la Constitución	5
1.3 Sobre la interpretación de la frase " <i>ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales de índole comercial</i> "	10
1.4 Observaciones al inciso penúltimo del Art. 422 de la Constitución	15
1.5 La cláusula de nación más favorecida: una camisa de fuerza para la eficacia prohibitiva del Art. 422 de la Constitución	19
CAPÍTULO II: LA DENUNCIA A LOS TBI EMPRENDIDA POR EL GOBIERNO ECUATORIANO, UN PROCESO VOLUNTARIAMENTE ESTÉRIL	22
2.1 La estrategia de denuncia del Estado: ¿Por qué se tomó la vía imposible?	22
2.2 Los dictámenes de inconstitucionalidad emitidos por la Corte Constitucional	25
2.2.1 La competencia de la Corte Constitucional para tramitar el control de constitucionalidad de un Tratado válidamente suscrito por el Estado	25
2.2.2 Los fundamentos de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la cláusula de resolución de conflictos de los TBI: La cláusula rebus sic stantibus	28
2.2.3 La cláusula rebus sic stantibus: Acercamiento teórico	33
2.2.4 ¿Ha existido un cambio fundamental de circunstancias que fundamente la denuncia a los TBI como lo ha dictaminado la Corte Constitucional?	35
CAPÍTULO III: ¿LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS SON INCOMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LOS TBI?	39
3.1 La Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA)	39
3.2 El balance general descrito por CAITISA en relación a la experiencia del Estado ecuatoriano con los TBI	39
3.3 Las recomendaciones finales de CAITISA	42
3.4 Sobre la incompatibilidad de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos con las obligaciones derivadas de los TBI	43
3.4.1 Breve reseña de las obligaciones derivadas de un Tratado Bilateral de	44

Inversión	
3.4.2 Sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos	46
3.4.3 Sobre los puntos conflictivos existentes entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones	49
3.4.3.1 Primer punto conflictivo: Bloqueo procesal y falta de capacidad de comparecencia para las víctimas	51
3.4.3.2 Segundo punto conflictivo: Potenciar la exigibilidad de las obligaciones del Estado por medio de los TBI	51
3.4.3.3 Tercer punto conflictivo: Imposibilidad de laudo y reconocer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	54
Conclusiones	59
Bibliografía	62

INTRODUCCIÓN

La Constitución de Montecristi fue producto de un ánimo exacerbado por reformar las denominadas instituciones neoliberales y, al menos desde el discurso, generar un cambio de paradigma frente a todo lo establecido. Esta motivación de cambio nos legó un sistema constitucional más garantista y protector, integrando nociones de vanguardia que pretendían tener una norma suprema adecuada a la realidad socio cultural ecuatoriana y ejemplo en la garantía de derechos fundamentales. No obstante, la Constitución de 2008 también tuvo que ajustarse a los discursos políticos reaccionarios que negaban sin más el pasado y pretendían formular una refundación miope del país. En este contexto, se redactó el Art. 422 de la Constitución que partía de la voluntad constituyente de prohibir la celebración de Tratados Bilaterales de Inversión con cláusulas arbitrales pero que, debido a la falta de debate sustancial sobre el tema y la poca rigurosidad en su redacción, degeneró en una norma ambigua, vaga y fútil para los fines perseguidos. Este, precisamente, es el primer tema que se abordará dentro de este trabajo de titulación pues se examinarán las discusiones de los asambleístas alrededor del Art. 422, posteriormente se presentaran y desglosaran cada uno de los elementos problemáticos de esta norma para analizar cuál es su alcance prohibitivo.

Una vez examinado el Art. 422 de la Constitución en el segundo capítulo se estudiará el proceso de denuncia emprendido por el Estado ecuatoriano desde 2008 y particularmente aquel sustanciado ante la Corte Constitucional. El Gobierno Nacional decidió iniciar un *sui generis* proceso de denuncia, apartándose de los mecanismos sencillos establecidos en los propios TBI que facultaban al Estado para denunciar estos instrumentos internacionales únicamente mediante una nota al depositario del Tratado.

Sin perjuicio de ello, el Gobierno decidió inexplicablemente someterlos a un escrutinio por parte de la Corte Constitucional para proceder a solicitar a la Asamblea que apruebe su denuncia para solo entonces accionar el mecanismo del Tratado, es decir, enviar la notificación a la contraparte. Este proceso, que no estaba previsto en la ley ni en la Carta Magna y se contraponía con el ánimo de denuncia inmediata del Gobierno, dejó en la Asamblea Nacional estáticos los procesos de denuncia por varios años y solo en mayo de 2017 el órgano legislativo decidió tratar el tema y en sesión plenaria la Asamblea Nacional aprobó la denuncia de un grueso de Tratados.

Una vez detallado este proceso de denuncia se revisará la consistencia jurídica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional para emitir sus dictámenes y

fundamentar el correspondiente dictamen de constitucionalidad y la orden de denuncia. Particularmente, los Magistrados de la Corte Constitucional sostuvieron reiteradamente que la denuncia a los TBI era procedente por cuanto había operado un cambio sustancial en el estado de las cosas pues de un lado la promulgación del Art. 422 de la Constitución en 2008 había generado una prohibición directa para la celebración de un TBI con cláusula arbitral y, de otro lado, los principios rectores en materia de relaciones internacionales habían cambiado con la nueva Constitución. Sin embargo y como demostraremos en el capítulo segundo, estas alegaciones carecen de fundamento jurídico por cuanto no se ha cumplido el estándar de esencialidad en el cambio de circunstancias conforme requieren los artículos 61 y 62 de la Convención de Viena.

Finalmente en el capítulo tercero se detallará el trabajo de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA), una entidad adscrita a la función ejecutiva cuyo trabajo recién se ha hecho público y no ha tenido ningún escrutinio. En primer lugar, se revisarán los antecedentes a su creación y se expondrán los diversos informes emitidos. Seguidamente se estudiarán las recomendaciones formuladas por esta Comisión para denunciar los TBI y se pondrá un especial énfasis en examinar exhaustivamente la recomendación formulada por los Comisionados respecto a la incompatibilidad de las obligaciones en materia de derechos humanos con las obligaciones derivadas de un TBI. Esta recomendación merece un enfoque especial pues CAITISA no sustenta jurídicamente esta afirmación y su análisis provoca un interesante debate sobre la interacción existente entre estas áreas del derecho internacional público: el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. Entonces, el capítulo tercero de este trabajo de titulación estará en gran medida destinado a explorar las diversas áreas de intersección conflictivas generadas por la interacción entre estos ámbitos del derecho internacional público, todo ello a efectos de aportar elementos de crítica para la evaluación de una eventual incompatibilidad de origen entre las obligaciones derivadas de estas áreas del derecho como lo afirman los miembros de CAITISA.

CAPÍTULO I: EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008 Y LOS TBI

El análisis del Art. 422 de la Constitución, su alcance e implicaciones con respecto a la vigencia de los TBI ha sido un tema abordado por los miembros del foro arbitral¹ aunque ciertamente no ha existido un desarrollo extenso. En el presente capítulo se revisarán los elementos conflictivos del referido artículo para demostrar cómo su redacción no llega a generar una prohibición *ex ante* o *ab initio* para la celebración de TBI ni mucho menos para la sujeción del Estado ecuatoriano a procesos arbitrales internacionales. De igual forma dentro de este capítulo se evidenciarán ciertas problemáticas constitucionales y de derecho internacional público derivadas del segundo inciso del Art. 422 que permite al Estado firmar 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"².

1.1 La Asamblea Constituyente de Montecristi y su visión sobre los TBI

La Asamblea Constituyente de Montecristi desde el inicio se mostró como un poder constituyente derivado³ eminentemente reaccionario al orden establecido⁴. Al deberse a un proyecto político que reivindicaba la necesidad de un cambio absoluto en las relaciones de poder y con ello la terminación de un denominado sistema neoliberal⁵, la Asamblea Constituyente tenía una visión contraria a todo lo previamente establecido.

En esta medida y siendo un producto directo⁶ de las relaciones internacionales definidas por los "gobiernos neoliberales"⁷, los TBI estuvieron primeros en la línea al momento de iniciar un proceso deconstructivo de los esquemas de relaciones y cooperación internacional desarrollados por el Estado hasta el año 2008.

¹ Vid. Xavier Andrade. "Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución". *Revista de Arbitragem e Mediação*, no 20 (2009); Juan Manuel Marchán "El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana". *Jurisdictio XII/14* (2011); Iñigo Salvador y Mélanie Riofrío. "La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. (2009).

² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³ El Poder Constituyente Derivado es aquel cuyo ejercicio está regulado y limitado por el poder constituyente originario a través de la Constitución y por el derecho internacional público. Vid Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p. 188.

⁴ Cfr. Alberto Acosta. "El Buen Vivir, una oportunidad por construir". *Ecuador Debate*, 75. (2008); Gustavo Larrea. *Revolución Ciudadana*. Quito: Planeta (2011).

⁵ Rafael Quintero López. *La Constitución de 2008: Un análisis político*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008, pp 17-37

⁶ Vid Diego Paredes Peña. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1992-1993, p. 209; Galo Leoro Franco. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994-1995, p. 182; José Ayala Lasso. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1996-1997, p. 173.

⁷ Rafael Correa. *Conferencia en la Universidad de Montevideo*. www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/2010-03-01-CONFERENCIA-EN-LA-UNIVERSIDAD-DE-MONTEVIDEO-F.doc (acceso 11/02/2017)

De esta manera, en la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana de la Asamblea Constituyente de Montecristi se sostuvo:

El Artículo 8 (actual 422), recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractual o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial.⁸

Desde estos pronunciamientos que lejos de ser aislados acarrearán gran parte de la línea argumental esgrimida por los Asambleístas de Alianza País, se fueron tejiendo conceptos equivocados o imprecisos como el de *soberanía jurídica* y los TBI fueron objeto de agitados discursos y críticas aunque ciertamente estas no se sustentaron en información empírica ni en un debate técnico y concreto respecto a sus aspectos problemáticos o beneficiosos para el interés nacional⁹.

Más aún, observamos cómo desde este foro se estableció equivocadamente que los tratados trasladan competencia y jurisdicción en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales a instancias supranacionales de arbitraje¹⁰. Como demostraremos más adelante y como ya lo han advertido algunos autores¹¹, las controversias originadas de los TBI no se relacionan con cuestiones comerciales o contractuales sino con una determinación de responsabilidad internacional del Estado por haber cometido un hecho ilícito a la luz de las obligaciones internacionales emanadas de los TBI. Por ende, observamos la imprecisión que desde la discusión se fue evidenciando respecto a que lo supuestamente ilegítimo y lesivo para los intereses nacionales se relacionaba con el arbitraje internacional en materia contractual o comercial entre el Estado y un privado.

⁸ María Augusta Calle. *Oficio No. 017-AC-M9-P* de 16 de abril de 2008. Asamblea Constituyente de Montecristi, Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana 2008

⁹ De la revisión de las Actas de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, por ejemplo, concluimos que la discusión se centró en temas puramente políticos e ideológicos, sin que se haya concretado un debate con el nivel técnico que requiere un tema tan complejo como el derecho internacional de las inversiones.

¹⁰ *Vid. supra nota 8*

¹¹ *Vid. Xavier Andrade. "Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución". Revista de Arbitragem e Mediação, no 20 (2009); Juan Manuel Marchán "El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana". Iurisdictio XII/14 (2011)*

En Montecristi se hilaron una serie de imprecisiones técnicas¹² que al final del día derivaron en una redacción vaga, ambigua e insuficiente respecto al real alcance de la prohibición constitucional. Como ejemplo, la Asambleísta oficialista Alexandra Ocles sostuvo:

En el artículo ocho, queremos hacer una mención especial, y es que el espíritu de este artículo es rechazar el arbitraje que se presenta entre el Estado y personas de derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales, no las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales¹³

Finalmente, producto de estas discusiones que parten -como demostraremos más adelante- de premisas equivocadas, la Constitución de la República prescribe en su Art. 422:

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 internacional¹⁴

1.2 Análisis hermenéutico del Art. 422 de la Constitución

El propósito de esta sección es desglosar los elementos problemáticos del antedicho Art. 422 en relación a la existencia de una prohibición *ex ante* para la celebración y vigencia de los TBI, por ende, excluirémos el último inciso referente a la posibilidad de que el Estado se sujete a un proceso arbitral internacional en controversias relacionadas con la deuda externa¹⁵.

¹² En este mismo sentido, el Asambleísta Geovanny Atarihuana dijo: "Instrumentos como el famoso CIADI para proteger las inversiones extranjeras deben ser rechazados por los pueblos. Y si alguna vez algún Gobierno, que no estuvo comprometido con su pueblo, sino con otros intereses, es necesario que denunciemos ese tratado. Y no se trata de dogmas o de posiciones ideológicas, sino de hechos concretos".

¹³ Asamblea Constituyente de Montecristi. *Acta 038 de 22 de abril de 2008* (2008).

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁵ Según ha sostenido la Corte Constitucional en Sentencia interpretativa No. 0001-09-IC:

Esta norma constitucional se refiere a tres cuestiones literalmente identificadas y determinadas así: a) controversias sobre deuda externa (supuesto de hecho), b) la preferencia por las soluciones arbitrales en función del origen de la deuda (consecuencia jurídica); y, c) incorpora la sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional, (de carácter indeterminado y abierto). En relación a los principios, la transparencia constituye un deber específico, relacionado con la moralidad, fidelidad y claridad que debe presidir toda actividad del sector público. El principio de equidad es el supuesto indispensable por el cual se llega a la igualdad material y pretende que el Estado realice una adecuada distribución de cargas y ventajas sociales.

La primera parte del citado Art. 422 dispone: "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional". La norma constitucional establece una prohibición que limita la capacidad del Estado para celebrar tratados a nivel internacional, recayendo sobre instrumentos y tratados que cedan jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional. En consecuencia, el primer tema problemático que debemos analizar es qué se entiende por cesión de *jurisdicción soberana*.

Debemos empezar remarcando que el concepto de jurisdicción soberana tiene muy poco desarrollo dentro de la doctrina¹⁶ y que su definición se torna ambivalente. Iniciaremos analizando el término jurisdicción aisladamente. Como ocurre con otros conceptos jurídicos, éste no posee unos contornos precisos pues suele ser empleado para designar realidades en cierto modo diferentes. Sin embargo, podríamos decir que, *lato sensu*, se refiere a tres dimensiones principales¹⁷: (1) Al que posee determinada autoridad para ejercer sus atribuciones legales; (2) Al territorio o demarcación territorial sobre el cual se ejerce ese poder y (3) A la potestad de enjuiciamiento y decisión de determinados conflictos sociales con arreglo a criterios jurídicos (función jurisdiccional). Remitiéndonos a la etimología, jurisdicción viene del latín *iuris* y *dictio*, es la potestad por ende de decir el derecho y más concretamente de decir el derecho aplicable al caso concreto¹⁸.

Ahora bien, el ejercicio de la jurisdicción, es decir, de administrar justicia y de decidir lo que dice el derecho en el caso concreto con fuerza vinculante¹⁹ le corresponde por excelencia al Estado, sin embargo, esta atribución inherente a su naturaleza puede ser ejercida por terceros en tanto éste así lo reconozca. En efecto, existe la posibilidad de que la ley autorice a terceros el ejercicio de la jurisdicción sin que por ello se desnaturalice o sin que se pueda concluir que el Estado se está desprendiendo de ella²⁰. Es importante señalar que dentro de un Estado de Derecho²¹ se conjugan dos tipos de monopolios concéntricos de la jurisdicción, el primero es un monopolio *ad extra* – donde solo ejerce jurisdicción el Estado quedando prohibidas las jurisdicciones particulares. El segundo, un monopolio *ad intra* -dentro del Estado la jurisdicción recae en unos órganos independientes, inamovibles,

¹⁶ De hecho, de un amplia revisión doctrinaria realizada para la concreción de este trabajo de titulación no hemos podido encontrar referencia alguna a esta figura descrita en el Art. 422 de la Constitución.

¹⁷ Modesto Saavedra. *Jurisdicción Constitución y Derecho*. México DF: Fontamara, 2007, p. 11.

¹⁸ Lea Brilmayer. "Personal Jurisdiction and Substantive Legal Relations". *California Law Review*, 74. 1986, pp. 1-40.

¹⁹ Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006, pp. 99-105.

²⁰ Vid José Fernández Rozas. "Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la justicia". *Revista Derecho Privado y Constitución* X19/13 (2005).

²¹ El concepto estado de derecho se refiere a una forma de organización del Estado en la que la ley rige el accionar de las instituciones de conformidad una serie de principios establecidas en una Constitución que a su vez fundamente jurídicamente a las autoridades, funcionarios y en general a la expresión del poder del Estado.

responsables y sometidos exclusivamente al imperio de la ley²². Entonces, el hecho de que el Estado tenga el monopolio de la jurisdicción no significa que tenga el monopolio de la resolución de conflictos²³, por consiguiente, existen múltiples circunstancias que ameritan que éste permita el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de terceros.

En Ecuador el principio general impuesto por la Constitución es la unidad jurisdiccional, es decir que las autoridades judiciales pertenecientes a la función judicial tienen la atribución privativa de administrar justicia. Así, el Art. 168 de la Constitución prescribe: "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"²⁴. Al mismo tiempo, la Carta Magna reconoce excepciones al principio de unidad jurisdiccional²⁵, pues, por ejemplo, dispone en su Art. 171: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres"²⁶.

El Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) reconoce de igual forma el principio de unidad jurisdiccional y sin embargo admite al mismo tiempo que, conforme lo dispuesto por la ley, esta potestad puede ser ejercida por agentes distintos a los estatales. Así, el Art. 10 del COFJ prescribe:

De conformidad con el principio de 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 Constitución²⁷.

En plena consonancia con lo dispuesto en la Constitución, el Art. 7 inciso segundo y tercero del COFJ disponen: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"²⁸.

²² Francisco Bastida, Joaquín Varela y Juan Requejo. *Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1999 p. 365.

²³ *Id.*, pp. 365-367.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 168. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵ El Tribunal Contencioso Electoral, la justicia indígena, los Tribunales Arbitrales y la jurisdicción constitucional son ejemplos de expresiones de la función jurisdiccional que son ejercidos por agentes ajenos a la función judicial, es decir, que son excepciones al principio de unidad jurisdiccional.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 171. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁷ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 10. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009

²⁸ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009

En definitiva, la jurisdicción es la capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²⁹ o, dicho de otra forma, la capacidad de aplicar lo que en derecho corresponda dentro de un caso concreto emitiendo para el efecto decisiones con carácter vinculante³⁰. El titular de la función jurisdiccional es el Estado, sin embargo, ello no significa que no pueda permitir que agentes privados la ejerzan, pues la Constitución y la ley establecen claramente que existen excepciones al principio de unidad jurisdiccional.

Regresando a nuestro tema de análisis céntrico, si el Art. 422 dijera simplemente “se prohíbe la celebración de tratados internacionales o instrumentos internacionales donde el Estado ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional”, nos hallaríamos frente a una inconsistencia técnica directa. Conforme dispone el COFJ los árbitros ejercen jurisdicción y por tanto no se podría imponer una prohibición de cesión de jurisdicción frente a quienes en efecto la ejercen. Aparentemente, ese no es el caso del artículo que nos ocupa pues los Asambleístas Constituyentes agregaron un elemento que torna aún más enredado y ambiguo el debate sobre su alcance; la norma no se refiere a la prohibición de cesión de jurisdicción sino a la prohibición de cesión de jurisdicción *soberana*.

La soberanía es un término jurídico complejo pues engloba una intrínseca indeterminación y su contenido puede ser enfocado desde el plano político, jurídico, nacional e internacional³¹. El Estado soberano es por regla general un Estado en el cual se ejerce una autoridad interna y externa o como lo ha acotado la doctrina: “en todo Estado existe un poder por encima del cual no existe ningún poder”³². Esta facultad o poder superior no se atribuye como en el pasado a una sola persona, sino que lo detentan ciertos órganos, de conformidad con ciertas atribuciones y dentro de un marco jurídico previamente establecido.³³ Sobre el uso de este término por parte de los Estados, Fenwick anota:

Es evidente que los derechos de independencia interna y externa están sometidos a las limitaciones impuestas por el derecho internacional y que, en estos casos “independencia” significa solo la libertad de control de cualquier otro estado y no libertad respecto a las restricciones que pesan sobre todos los estados. El término soberanía se usa indistintamente al de independencia cuando quiere darse un énfasis especial a la independencia del Estado. En este terreno, la soberanía puede definirse como una manifestación de la personalidad independiente del Estado con los otros miembros de la comunidad internacional³⁴

²⁹ En este sentido, el Código de Procedimiento Civil, hoy derogado disponía: “Art. 1.- La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”.

³⁰ Piero Calemandrei. *Instituciones del Nuevo Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma, 1943, pp. 11-20.

³¹ Carlos Olano y Hemán Olano. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Ediciones El Profesional. 2000 p. 102.

³² Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1978, p 262

³³ Jorge Pallares. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Leyer, 1996, p. 200.

³⁴ Charles Fenwick. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Omeba, 1963, p. 285.

En suma, aunque del concepto soberanía existen vastos tratados y un largo desarrollo doctrinario, podemos concluir que es un elemento fundamental del Estado que le permite autodeterminarse tanto a nivel interno como externo³⁵. Ahora bien, en relación al concepto *jurisdicción soberana*³⁶, cabe señalar en principio que la conjugación de jurisdicción y soberanía resulta equivocada pues el ejercicio propio de la jurisdicción – monopolizada por el Estado o ejercida por quienes éste autoriza– es una expresión directa de la soberanía³⁷, toda vez que es una manifestación de la autodeterminación del Estado frente al desempeño de funciones de administración de justicia. Entonces, haber adicionado el elemento de soberanía puede ser interpretado como un mero descuido de los Constituyentes o como una forma simbólica de reflejar una dimensión internacional o externa en la que se refleja la potestad jurisdiccional del Estado. Sin perjuicio de esto, la conjunción de estos dos términos es imprecisa y demuestra poca precisión al momento de la redacción normativa.

Ahora bien, una vez que hemos tratado de desentrañar el concepto de jurisdicción soberana, pasaremos a analizar la prohibición que el Art. 422 establece al disponer que “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”³⁸. Conforme hemos señalado en esta sección, la expresión “jurisdicción soberana” se refiere en esencia a la jurisdicción por sí sola, quedando la soberanía sobrante. Entonces, el artículo *in commento* establece una prohibición directa respecto a la celebración de tratados donde el Estado ceda jurisdicción a instancias arbitrales internacionales.

En primer lugar y conforme hemos anotado anteriormente, los árbitros en ejercicio de sus funciones de conformidad con la ley y la Constitución ejercen jurisdicción³⁹, no son cesionarios, no actúan por delegación del Estado en la administración de justicia, sino que simplemente por mandato legal pueden ejercerla en circunstancias concretas y taxativamente definidas. En el caso del arbitraje, por ejemplo, los árbitros ejercen jurisdicción cuando están debidamente posesionados y dirimen una controversia sobre materia transigible sobre la cual exista consentimiento de las partes para que sea sustanciada por medio de un proceso arbitral⁴⁰. Esto, en el ámbito internacional es igualmente lícito y

³⁵ Sobre este punto, la soberanía interna refiere a la potestad que tiene el Estado de tomar decisiones en el plano interno sin que exista un poder superior que le pueda limitar –esto, sin perjuicio del orden jurídico– y la soberanía externa refiere a la potestad del Estado para autodeterminar sus relaciones y decisiones en el plano internacional.

³⁶ Vid. Xavier Andrade. “Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución ecuatoriana”. *Revista de Arbitragem E Mediação*. (2009), pp. 360-362.

³⁷ Vid. Marco Huesbe. “La Jurisdicción como Atributo de la Soberanía”. *Revista de Estudios Histórico Jurídicos XVII*. (1995)

³⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.

⁴⁰ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 1. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2016.

concordante con la norma ecuatoriana⁴¹. El arbitraje internacional, sea comercial⁴² o de inversiones, es un proceso por el cual un tribunal arbitral dirime un conflicto que puede originarse en una responsabilidad contractual, extracontractual, incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras.

En definitiva, los árbitros dentro de procesos arbitrales internacionales también ejercen jurisdicción⁴³, por lo que no pueden ser considerados como cesionarios, ergo, no cabe prohibir una cesión de jurisdicción a instancias de arbitraje internacional⁴⁴ pues únicamente se podría ceder algo a quien titularmente no lo ejerce, lo que no ocurre con los tribunales arbitrales.

1.3 Sobre la interpretación de la frase “ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales de índole comercial”

Una vez que hemos abordado la consistencia técnica del concepto de cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional nos enfocaremos en la siguiente parte de la prohibición. El Art. 422 de la Constitución dispone: “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”⁴⁵.

Como hemos revisado⁴⁶, el espíritu del Constituyente era establecer una limitación a la celebración de TBI y en esa medida el Art. 422 divaga entre la insuficiencia técnica de su redacción y la voluntad de prohibir la celebración de este tipo de instrumentos. Muestra de aquello es el hecho de haber impuesto la prohibición sobre arbitrajes internacionales que versen sobre controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas.

Evidentemente, el primer cuestionamiento subyacente es qué se entiende por controversias contractuales o de índole comercial. De acuerdo con el Art. 1454 del Código Civil: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar,

⁴¹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 42. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2016.

⁴² El arbitraje comercial internacional hace referencia a un proceso de resolución de disputas donde intervienen dos partes que se encuentran vinculadas por una relación comercial-contractual con características internacionales, sea por la nacionalidad de las partes, por el objeto del contrato o por otras circunstancias que trascienden las brechas nacionales.

⁴³ Esta afirmación cobra completo sentido si conjugamos las tesis de que, por un lado, los árbitros ejercen jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en el COFJ, tienen la capacidad de resolver una disputa al tenor de lo dispuesto en la cláusula de resolución de controversias del TBI y, adicionalmente, cumplen una función jurisdiccional, es decir, aplican el derecho al caso concreto con fuerza vinculante.

⁴⁴ La noción de “instancias arbitrales” establecida dentro del primer inciso del Art. 422 es igualmente imprecisa. En primer lugar, dentro de los procesos arbitrales no existen instancias, sino que se establecen Tribunales que dirimen una determinada controversia y frente a cuya decisión no cabe la apelación, por ejemplo, a otra instancia arbitral.

⁴⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴⁶ Vid. Capítulo II “La Asamblea Constituyente y su visión sobre los TBI”.

hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas⁴⁷. En efecto, una controversia contractual es aquella que versa sobre la aplicación del contrato o el incumplimiento de alguna de sus obligaciones⁴⁸. En relación a las controversias comerciales, un primer acercamiento nos permitiría concluir que son aquellas procedentes de los comerciantes y de los actos de comercio de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio⁴⁹ y no excluyen controversias contractuales. Es decir, dentro de una controversia comercial puede existir una controversia de índole contractual. Sobre este punto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional acota en su nota explicativa:

Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“*factoring*”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“*leasing*”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera⁵⁰

La prohibición descrita por el Art. 422 alcanzaría los TBI en el evento de que fueran fuente de una relación o contractual o comercial, pues solo bajo esa hipótesis se podrían derivar controversias contractuales o comerciales.

Es importante iniciar resaltando que de los Tratados Internacionales se derivan obligaciones internacionales⁵¹ que los Estados deben cumplir de conformidad con las disposiciones de los instrumentos firmados. En este sentido, los TBI son una fuente de derecho internacional público. Un TBI no es un contrato celebrado entre el Estado y un particular, no es fuente de una relación comercial o contractual⁵² y por ende de su aplicación no pueden surgir en estricto sentido controversias contractuales o de índole comercial.

⁴⁷ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

⁴⁸ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis, 2014, pp. 536-539.

⁴⁹ *Vid* Código de Comercio. Artículo 3. Registro Oficial 1202 de 20 de agosto de 1960.

⁵⁰ Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nota explicativa segunda.

⁵¹ Zachary Douglas. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 1-6.

⁵² Si bien un TBI puede constituir una motivación para que se generen relaciones contractuales entre el Estado y los inversionistas, las obligaciones derivadas de estos instrumentos internacionales no tienen *per se* el carácter ni de comercial ni de contractual, pues se derivan obligaciones internacionales que proveen estándares de protección y seguridad a la inversión.

Para graficar la naturaleza de las obligaciones contenidas en los TBI, proponemos revisar algunas de las constantes en el instrumento firmado entre Ecuador y Estados Unidos, notamos⁵³:

- a) La obligación de tratar a 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 favorable⁵⁴.
- b) La obligación de otorgar a las inversiones un trato justo y equitativo, con protección y seguridad plena y, en ningún caso, concediéndoles un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.
- c) La obligación de no menoscabar, 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.
- d) La obligación de no expropiar 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 II⁵⁵

Ahora bien, es trascendente señalar que en arbitraje internacional de inversiones existe un amplio debate respecto al alcance de la competencia *ratione materiae* de los Tribunales Arbitrales. Particularmente cuando un Tratado contiene una cláusula paraguas⁵⁶ que admite, en principio, la inclusión dentro del arbitraje de cuestiones litigiosas marginales a las obligaciones internacionales directamente dispuestas en el instrumento internacional⁵⁷. Las cláusulas paraguas refieren a un estándar adicional y más amplio de protección a la

⁵³ Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos-Ecuador. Decreto Ejecutivo No. 3143 de 13 de octubre de 1995.

⁵⁴ Esta cláusula ha sido denominada por la doctrina como “cláusula de la nación más favorable” y será desarrollada en la siguiente sección del presente capítulo a propósito de la determinación constitucional de celebrar Tratados con naciones latinoamericanas, lo que con base en esta cláusula consideramos fútil.

⁵⁵ Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos-Ecuador. Artículo 3. Decreto Ejecutivo No. 3143 de 13 de octubre de 1995.

⁵⁶ En este punto, cabe mencionar que la regla general dentro de los TBI es que la materia sujeta a arbitraje es aquella que se derive de incumplimiento a las obligaciones internacionales expresamente dispuestas en el TBI. Sin embargo, existen modelos de TBI que admiten el arbitraje de “cualquier disputa relacionada a la inversión” –lo que podría derivar en un arbitraje que no solo considere el incumplimiento de obligaciones internacionales sino también contractuales. Estas provisiones usualmente denominadas “cláusulas paraguas” o “efecto espejo”, permiten una protección adicional al inversionista más allá de las obligaciones internacionales derivadas de los TBI.

⁵⁷ Calvin Hamilton y Paula Rochwerger. “Trade and Investment: Foreign Direct Investment through Bilateral and Multilateral Treaties”. 18 *New York International Law Review*. (2005) pp.14-16.

inversión que permite a los inversionistas transformar sus reclamos contractuales en reclamos protegidos bajo el TBI y que podría resultar en una determinación de responsabilidad internacional del Estado⁵⁸; la inclusión de estas cláusulas es meramente facultativa de las partes contratantes y no es un elemento consustancial al TBI⁵⁹.

Las cláusulas paraguas han sido redactadas en una variedad de formas, por ejemplo, en el TBI Estados Unidos –Argentina el artículo 2(c) dispone: “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”⁶⁰. La redacción de esta cláusula, en particular por su amplitud y ambigüedad, ha dado pie a que los inversionistas entiendan⁶¹ que además de los estándares de protección expresamente descritos en los Tratados, los incumplimientos contractuales relacionados con sus inversiones por parte del Estado, por ejemplo, puedan acarrear responsabilidad internacional a la luz del TBI.

Han habido múltiples casos en los que Tribunales Arbitrales no han aceptado tener jurisdicción sobre reclamos de fuente contractual entre un inversionista y un Estado⁶² y han habido otros casos en los que sí se ha reconocido competencia sobre esta materia⁶³. No obstante, en ambos casos la controversia siempre ha estado vinculada a las obligaciones internacionales del Estado en materia de inversiones derivadas directamente de la aplicación de un TBI⁶⁴. Sobre este punto, la jurisprudencia internacional en materia de inversiones ha sostenido:

Los aspectos puramente comerciales de un contrato no están protegidas por el Tratado en determinadas situaciones pero la protección está disponible cuando existe una interferencia significativa del Gobierno o de agencias públicas frente a los derechos del inversionista [determinados en el instrumento internacional]. Mientras algunas, si no todas, esas interferencias se encuentran íntimamente relacionadas a estándares de protección derivados del Tratado, existen dos cláusulas de estabilidad que se relacionan con la protección extendida bajo la cláusula paraguas, la primera es la obligación de no congelar la

⁵⁸ Christopher Dugan *et al.* *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford, 2008, p. 541.

⁵⁹ Vid. Emmanuel Gaillard. “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims—the SGS Cases Considered”. *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. (2005) pp 325-347; Bernardo Cremades y David Cairns. “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”. *Arbitrating Foreign Investment Procedural and Substantive Legal Aspects*. (2004).

⁶⁰ Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos-Argentina. Artículo 2C. Ley No. 24-124.

⁶¹ Vid. *CMS Gas Transmission Company vs República Argentina*. Caso CIADI ARB/01/08; *LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v República Argentina*. Caso CIADI ARB/02/01. *Sempra Energy International vs República Argentina* Caso CIADI ARB/03/30.

⁶² La primera vez que un Tribunal Arbitral analizó específicamente el alcance de las “cláusulas paraguas” y en particular la posibilidad de que se evalúen en un proceso arbitral cuestiones derivadas de un incumplimiento contractual Estado-inversionista, se dio en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistán* en el año 2003. El Tribunal sostuvo: “El texto del Artículo 11 no permite que se diriman las infracciones a un contrato alegado por el inversor en relación a un contrato que ha concluido con el Estado (...) aceptar la interpretación del accionante supondría incorporar por referencia un ilimitado número de contratos”.

⁶³ Por ejemplo, en el caso CIADI *Sempra Energy International vs República Argentina* el Tribunal Arbitral sostuvo que la disputa se originó por: “la violación contractual con los licenciados impactó los derechos del inversor de tener, a la luz de las disposiciones del Tratado, las garantías base para la protección de la inversión” (lo subrayado nos pertenece).

⁶⁴ En el caso CIADI *Pan American Energy LLC vs República Argentina*. ARB/03/13, el Tribunal sostuvo: “Sería extraño, en este sentido, si la aceptación de responsabilidad internacional del Estado fuera más allá de las obligaciones derivadas de los estándares de protección de la inversión extranjera”.

tarifa y la segunda es la obligación de no alterar las reglas básicas de gobierno relativas a la licencia concedida⁶⁵

De tal forma que si bien un Tribunal Arbitral en materia de inversiones podría, dependiendo de las particularidades del caso, admitir que tiene jurisdicción sobre una controversia contractual entre el Estado y un inversionista, ésta debe encontrarse vinculada a obligaciones internacionales, tener directa relación con la inversión y encontrarse sujeta a la protección del TBI vigente⁶⁶. En todo caso sería poco técnico sostener que de estos instrumentos internacionales emanan obligaciones comerciales o contractuales. La existencia de estas cláusulas, que como hemos señalado no se encuentran en todos los TBI y tienen un alcance polémico, no significa que las controversias derivadas de un Tratado sean eminentemente comerciales o contractuales pues aunque puedan existir reclamos de esta índole dentro de un proceso arbitral la fuente primordial de las obligaciones es el Tratado.

Si bien cada TBI tiene sus particularidades⁶⁷, en general podemos sostener que el arbitraje en materia de inversiones procede en el evento de que exista una controversia derivada de la aplicación de ese instrumento internacional y que hubiere generado el incumplimiento de una obligación por una parte contratante. En este sentido, el Art. 25 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a la Inversión dispone:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado (lo subrayado nos corresponde)⁶⁸

Es relevante acotar todo esto para resaltar cómo la disposición del Art. 422 en relación a la prohibición de celebrar tratados que cedan jurisdicción soberana a instancias arbitrales en materia comercial o contractual es del todo inconducente para los fines propuestos por los

⁶⁵ Centro Internacional para el Arreglo de Disputas Relativas a la Inversión CIADI. *CMS Gas Transmission Company vs República Argentina*. Caso No. ARB/01/08 pp 299-303.

⁶⁶ Más aun, es importante considerar que las cláusulas paraguas –que podrían servir como sustento para que un Tribunal Arbitral evalúe temas contractuales- es en sí misma un derecho y por ende una obligación que los Estados asumen de manera voluntaria, por lo que aun en el evento de que se acepte que bajo esta cláusula las controversias contractuales son materia arbitrable bajo la jurisdicción de un Tribunal Arbitral en materia de inversiones, ésta jurisdicción derivaría directamente de la aplicación de una cláusula libremente convenida por las partes. A esta conclusión llegó el Tribunal Arbitral dentro del caso CIADI *LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v República Argentina*. ARB/02/01 pp 169-175

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, el Art. 6 del TBI firmado entre Ecuador y Estados Unidos dispone que la materia arbitrable es aquella derivada de 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.

⁶⁸ Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a la Inversión (1965) Artículo 25

Constituyentes⁶⁹. Esto, por cuanto los arbitrajes de inversión no versan sobre controversias contractuales o comerciales sino que dirimen controversias derivadas de la aplicación de tratados internacionales que generalmente atienden incumplimientos a las obligaciones internacionales del Estado en materia de inversión. Por ende, la especificación de la materia contractual o comercial dentro de la prohibición del Art. 422 demuestra una falta de claridad en relación al objeto de la proscripción constitucional. Al mismo tiempo excluye a los TBI pues sus cláusulas de resolución de conflictos no otorgan competencia *ratione materiae* a un Tribunal Arbitral sobre materia contractual o comercial sino que, por el contrario, su competencia material recae sobre la aplicación de las obligaciones internacionales del Estado dispuestas dentro de un instrumento internacional.

1.4 Observaciones al inciso penúltimo del Art. 422 de la Constitución

El Art. 422 de la Constitución prescribe:

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 controversia⁷⁰.

A continuación procederemos a analizar algunos elementos problemáticos derivados de la aplicación del último inciso que establece: "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"⁷¹

La Constitución desarrolla el término ciudadanía de manera disímil y para efectos diversos⁷². De manera amplia, el Art. 6 de la Constitución dispone:

Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico

⁶⁹ Como observamos en la sección anterior, los Constituyentes tenían como fin desarmar el esquema propuesto por los TBI evitando que el Estado pueda ser juzgado en Tribunales Arbitrales por responsabilidad frente a los derechos de los inversionistas privados.

⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷¹ *Ibid*

⁷² En este sentido, por ejemplo, desde una perspectiva del sujeto de participación y de las formas de participación en el Estado, la Constitución desarrolla el concepto de participación ciudadana. Desde una perspectiva legislativa, la Constitución establece que la iniciativa legislativa corresponde a la ciudadanía.

político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.⁷³

La nacionalidad es un atributo de la personalidad jurídica⁷⁴ imprescriptible, inembargable e inalienable⁷⁵. En general, podemos establecer que quienes han nacido dentro de Ecuador o han adquirido la condición de ecuatorianos conforme lo dispone la Constitución⁷⁶ son nacionales de la República. La nacionalidad es el vínculo jurídico y político entre una persona y una nación. La ciudadanía es un concepto jurídico relacionado con la capacidad que una persona tiene para ser sujeto de derechos y participar activamente dentro de las cuestión pública⁷⁷. Bajo estas premisas, concluimos que la ciudadanía es un concepto que propende considerar a la persona como un sujeto de derecho y de participación política dentro de la sociedad⁷⁸.

Ahora bien, la Constitución tiene un espíritu muy amplio y garantista de los derechos de las personas extranjeras. En este sentido, el Art. 9 de la Carta Magna prescribe: "Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución". Por ende los extranjeros sin ser ciudadanos ecuatorianos, a la luz de la norma constitucional⁷⁹ pueden gozar y ejercer los derechos establecidos en la Constitución⁸⁰. Más aun, de una interpretación sistémica de las garantías y principios de la Constitución, observamos que los atributos inherentes a la ciudadanía son ampliamente reconocidos, así el Art. 416 de la Constitución propugna el principio de ciudadanía universal⁸¹, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero⁸².

En efecto, consideramos que la excepción planteada por el Art. 422 de la Carta Magna que dispone: "Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica", se

⁷³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁴ Los atributos de la personalidad jurídica son aquellas propiedades propias de las personas como titulares de derechos.

⁷⁵ Juan Medina. *Derecho Civil, Aproximación al Concepto de Persona*. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario, pp 575-578

⁷⁶ Vid ⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 6, 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁷ Este concepto, sin embargo, puede tener otras acepciones. El Diccionario Jurídico Elemental del autor Guillermo Cabanellas señala que la ciudadanía hace referencia a una "Cualidad de un ciudadano de un Estado: vínculo político y, por tanto, jurídico que une a un con la organización estatal."

⁷⁸ En este sentido, por ejemplo, la Constitución desarrolla todo el régimen de participación y control social bajo el eje de ciudadanía.

⁷⁹ Vid. Cristian Courtis. El posible ciudadano extranjero. Ciudadanía y nacionalidad en Argentina. *Revista SAAP*, 9(2), 375-394.

⁸⁰ Salvedad de derechos políticos.

⁸¹ Si bien el concepto de ciudadanía universal tiene connotaciones sociales, políticas y jurídicas diferentes a las del ciudadano extranjero, la inclusión de esta figura dentro de la Constitución ecuatoriana expresa un principio y una voluntad constituyente que en nuestro criterio tiende a sobrepasar las distinciones para el goce y ejercicio de derechos entre nacionales y extranjeros. Vid Ahmed Correa. "Ciudadanía universal y libre movilidad: Comentarios sobre una utopía ecuatoriana". *Lassa Forum XLVII* (2016); Adriana Estévez. "¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración". *Revista Mexicana de Sociología* 78 (2016).

⁸² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 416. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

refiere a ciudadanos desde una visión amplia que incluye tanto ciudadanos ecuatorianos como extranjeros. Esto, por cuanto desde una visión sistémica del marco constitucional no existe una distinción para el goce y ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos extranjeros.

Finalmente, destacamos que a todo evento, el concepto de ciudadano, sea extranjero o ecuatoriano, hace referencia a una persona natural y en ningún caso a una persona jurídica, por lo que *prima facie*, consideramos que el Art. 422 de la Constitución hace una exclusión directa a la posibilidad de que el Estado celebre un Tratado Internacional donde se someta a un proceso arbitral internacional frente a una persona jurídica.

Una vez que hemos estudiado el concepto de ciudadanía en el contexto del Art. 422 de la Constitución, nos enfocaremos en examinar el alcance de la excepción planteada que prescribe: "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"⁸³.

Como hemos revisado⁸⁴, la voluntad de los Constituyentes se centraba en evitar que el Estado firme instrumentos internacionales análogos a los TBI pues consideraban que era un atentado contra la soberanía el sujetarse a procesos arbitrales internacionales frente a inversionistas privados⁸⁵. Sin embargo, cuando la norma plantea una excepción a la regla general que supuestamente prohíbe la celebración de un TBI⁸⁶, demuestra una vez más la falta de claridad en relación a la materia proscrita y, en consecuencia, la que está sujeta a la excepción. Los TBI son instrumentos internacionales firmados entre dos Estados a efectos de otorgar estándares de protección a la inversión extranjera⁸⁷. Cuando una inversión extranjera se concreta dentro de uno de los Estados parte, se genera paralelamente una

⁸³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁸⁴ Vid. Capítulo II. Sección I

⁸⁵ Cfr. María Augusta Calle. *Oficio No. 017-AC-M9-P* de 16 de abril de 2008. Asamblea Constituyente de Montecristi, Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana 2008

⁸⁶ Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido dentro del Dictamen No. 023-10-DTI-CC:

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 cual en concordancia con lo expresado en el análisis del artículo 7, atentaría en contra del principio de supremacía constitucional (...) En aquel sentido, el mantener este mecanismo de solución de conflictos (TBI) atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales. Es por ello que acorde a la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, por ende, no se puede permitir la creación de estos tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, porque iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República, atentándose el artículo 422 de la Constitución.

⁸⁷ Rudolf Dolzer, Christopher Schreuer. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press pp 28-60

relación Estado-inversionista que se rige tanto por la legislación local como por los estándares dispuestos en el TBI⁸⁸.

Dentro del derecho internacional de las inversiones existe un extenso desarrollo referente a la definición de "inversión" y, en consecuencia, la de inversionista. De hecho, en cada TBI existe una sección dedicada a la definición de términos. En el instrumento firmado entre Ecuador y Argentina, por ejemplo, se define a la inversión en los siguientes términos:

- (1) El término "inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última, incluye en particular, aunque no exclusivamente⁸⁹
- (2) El término "inversor" designa: a) Toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación; b) Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro⁹⁰.
- (3) Las disposiciones de este Convenio no se aplicarán a las inversiones realizadas por personas físicas que sean nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, si tales personas, a la fecha de la inversión, han estado domiciliadas desde hace más de dos años en esta última Parte Contratante, a menos que se pruebe que la inversión fue admitida en su territorio desde el exterior.⁹¹

En definitiva, *lato sensu*, podríamos decir que el concepto de inversionista refiere tanto a una persona física o jurídica que realice una inversión de activos dentro de una parte Contratante. Con este antecedente, sumado al hecho de que la totalidad de inversiones que ha recibido el Ecuador en el marco de los TBI ha sido generada por personas jurídicas de derecho privado⁹², resulta del todo errado para los efectos deseados por los Constituyentes que el Art. 422 de la Constitución disponga: "Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos"⁹³. Ello por cuanto los conflictos que podrían ser tratados dentro del foro arbitral internacional en materia de inversiones, tiene como partes procesales por un lado al Estado receptor de la inversión y por otro lado al inversionista.

Si bien el inversionista, como una persona jurídica, se encuentra representado legalmente por un ciudadano, ello no significa que el ciudadano sea parte de la controversia en estricto sentido, a menos que acuda a ella por sus propios derechos. En consecuencia, esta parte del Art. 422 de la Constitución nos demuestra una vez más cómo, desde el punto de vista del *ius standi*, los TBI se encuentran por fuera tanto de la regla general referente a

⁸⁸ *Ibid*

⁸⁹ Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Ecuador. Artículo 1.1. Decreto Ejecutivo No. 2996 de 21 de agosto de 1995.

⁹⁰ Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Ecuador. Artículo 1.2. Decreto Ejecutivo No. 2996 de 21 de agosto de 1995.

⁹¹ Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Ecuador. Artículo 1.3. Decreto Ejecutivo No. 2996 de 21 de agosto de 1995.

⁹² A la fecha, la totalidad de procesos arbitrales que el Estado ecuatoriano ha enfrentado con base en la aplicación de la cláusula de resolución de controversias de un TBI, ha sido accionado por personas jurídicas naturales de derecho privado.

⁹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

la prohibición de celebrar tratados que cedan jurisdicción soberana, como de la excepción relacionada con la solución de controversias en foros latinoamericanos entre el Estado ecuatoriano y un ciudadano.

1.5 La cláusula de nación más favorecida: una camisa de fuerza para la eficacia prohibitiva del Art. 422 de la Constitución

Dentro de la Mesa de Soberanía y Relaciones Internacionales de la Asamblea Constituyente, donde se redactó el Art. 422 de la Constitución, no se tomaron en cuenta algunas cuestiones sumamente importantes para la eficacia de la proscripción constitucional en relación a los objetivos de los Constituyentes. A continuación explicaremos cómo -aun en el evento de que ninguno de los puntos aquí analizados fueren viables y el impedimento del Art. 422 en efecto alcanzaría a los TBI- la eventual aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida generaría una complicación adicional para que el Estado pueda eludir un arbitraje internacional en materia de inversiones.

Los Tratados Bilaterales de Inversión poseen una arquitectura compleja, especialmente dentro de las cláusulas que se incorporan y que son sujetas a interpretaciones amplias y sistémicas por parte de los Tribunales Arbitrales en esta materia⁹⁴. Dentro del catálogo de estándares de protección existentes en los TBI, encontramos la denominada cláusula de la nación más favorecida. Esta tiene por objeto asegurar que un Tratado no provea condiciones o tratamiento menos favorable para los inversionistas de las que podrían obtener en otros tratados análogos⁹⁵. Ejemplificando el alcance y objeto de este tipo de cláusulas, si Chile otorga un privilegio a Estados Unidos, mientras Estados Unidos tiene un TBI vigente con Ecuador que no cuente con esa garantía, Estados Unidos podría reclamar a Ecuador que se le otorgue el privilegio que ha sido reconocido en el TBI firmado con Chile⁹⁶. Es decir, por medio de esta disposición convencional, los Estados contratantes de un tratado internacional aceptan otorgarse las

⁹⁴ John Jackson. *The World Trading System*. Boston: The MIT Press. 1999.

⁹⁵ Claudia Salomón y Sandra Friedrich. "How Most Favoured Nation Clauses in Bilateral Investment Treaties Affect Arbitration". *Practical Law Arbitration*. London: Thomson Reuters.

⁹⁶ Estas conclusiones podrían variar dependiendo de la redacción de las cláusulas y especialmente de si existe condicionalidad. Vid Tony Cole. "Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law". *Michigan Journal of International Law* 33: 537 (2012).

ventajas suplementarias⁹⁷ que acuerden con posterioridad en favor de terceros Estados de manera condicional o incondicional según se requiera o no reciprocidad en su aplicación⁹⁸.

Este tipo de cláusulas se encuentran presentes en la mayor parte de los TBI firmados por Ecuador⁹⁹ y conllevan que los beneficios suplementarios que los inversionistas podrían exigir a los Estados parte no sólo se refieran a cuestiones sustantivas sino también a cuestiones procesales como, por ejemplo, el acceso a un arbitraje internacional a efectos de resolver disputas derivadas de la aplicación del Tratado. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado:

El Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio. (...) El arbitraje y otros medios de solución de controversias (...) son también esenciales para proteger los derechos previstos en los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales (...). De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*¹⁰⁰

Asimismo, en el caso *Gas Natural c. Argentina*, el Tribunal Arbitral admitió que las provisiones referentes a la solución de conflictos constituían una parte fundamental del paquete de protección garantizado al inversionista, remarcando que: "La cláusula de la nación más favorecida es aplicable a las cuestiones atinentes a la resolución de disputas"¹⁰¹. En el caso *Suez v Argentina*, el Tribunal tuvo una aproximación similar¹⁰² al afirmar que: "Los mecanismos de resolución de disputas desde el punto de vista de la promoción y protección de inversiones es tan importante como las otras materias gobernadas bajo el TBI y es una parte integral de la protección a la inversión"¹⁰³. En consecuencia, aun suponiendo que el Art. 422 de la Constitución generaría una prohibición

⁹⁷ Vid PR Thulasidhass. "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles". *Amsterdam Law Forum Vol 7*. (2015); Tony Cole. "Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law". *Michigan Journal of International Law 33*: 537 (2012); Yannick Radi. "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'" *The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4*. (2007).

⁹⁸ Sebastián López Escarcena. "La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera". *Revista Chilena de Derecho Vol. 23 No. 1*(2005) pp. 81.

⁹⁹ Art. 4.- Protección de Inversiones (2) Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados Tratado Bilateral de Inversiones República de Chile-República del Ecuador. Artículo 4

¹⁰⁰ *Mafezzini vs Spain*. Caso CIADI No. ARB/97/7

¹⁰¹ *Gas Natural vs The Republic of Argentina* Caso CIADI No. ARB/03/10

¹⁰² Vid. *Cammuzi v. Argentina* Caso CIADI ARB/03/02, *National Grid v. Argentina* AWG v. Argentina

¹⁰³ *Suez vs The Republic of Argentina* Caso CIADI No. ARB/03/19

ab initio o *ex ante* para que el Estado se someta a arbitrajes internacionales derivados de Tratados internacionales frente a un inversionista, considerando el contenido y alcance de la cláusula de la nación más favorecida, estimamos que un inversionista podría, de todas formas, acudir a un Tribunal Arbitral aduciendo que el estándar de protección del TBI del cual Ecuador es parte, resulta menos favorable en términos del procedimiento de resolución de conflictos¹⁰⁴.

Sin duda alguna, la alegación que pudiere hacer un inversionista en este sentido generaría un significativo debate con respecto al alcance de las cláusulas de la nación más favorecida y la cláusula de resolución de controversias. Ello, puesto que la base fundamental del arbitraje es el consentimiento de las partes y en este caso, el consentimiento Estatal derivaría indirectamente de la cláusula de la nación más favorecida, tomando compleja la competencia *ratione voluntatis* del Tribunal Arbitral. Aun así tanto la redacción del Art. 422 y su inobservancia de la compleja arquitectura de los TBI han generado una norma fútil que como hemos señalado no constituye una prohibición *ex ante* para la celebración de Tratados Internacionales con cláusulas arbitrales de solución controversias Estado-Inversionista.

¹⁰⁴ Aquello, no dejaría de ser un tema profundamente complejo pues en el evento de que un inversionista desee someter una disputa a arbitraje, sin que exista una cláusula arbitral, amparándose únicamente en la cláusula de la nación más favorecida, estaríamos ante un caso hito que sentaría precedente sobre el alcance de la referida cláusula y del derecho estatal a someterse a una jurisdicción "natural".

CAPÍTULO II: LA DENUNCIA A LOS TBI EMPRENDIDA POR EL GOBIERNO ECUATORIANO, UN PROCESO VOLUNTARIAMENTE ESTÉRIL

En este capítulo se analizarán los argumentos jurídicos y políticos expuestos por el Gobierno del Presidente Rafael Correa con respecto a los TBI. Esto se abordará desde dos ámbitos principales. Por un lado, la postura de la función ejecutiva, las declaraciones de prensa y comunicados emitidos por la Presidencia de la República así como los oficios emitidos para la denuncia de estos instrumentos internacionales. Por otro lado nos concentraremos en indagar los diversos dictámenes de inconstitucionalidad respecto de los TBI emitidos por la Corte Constitucional a pedido de la Presidencia.

2.1 La estrategia de denuncia del Estado: ¿Por qué se tomó la vía imposible?

Desde sus inicios, el Gobierno del Presidente Rafael Correa mostró una antipatía competente frente al derecho internacional de las inversiones¹⁰⁵ y de manera particular frente a los mecanismos de solución de disputas dispuestos en estos instrumentos¹⁰⁶. La hoja de ruta para la terminación de los TBI inició en 2009 con la denuncia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados v nacionales de otros Estados (CIADI) suscrito por Ecuador en 1986.

Mediante oficio T.4484-SGJ-09-1431 de 3 de junio de 2009¹⁰⁷, el Presidente Rafael Correa, solicitó a la Comisión de Legislación y de Fiscalización de la Asamblea Nacional, la aprobación de la denuncia al CIADI y el 12 de junio de 2009 el Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en la sesión No. 44 de 12 de junio del 2009 resolvió aprobarla¹⁰⁸. Así las cosas, mediante Decreto Ejecutivo 1823 se denunció el CIADI fundamentándose en que el órgano legislativo aprobó tal denuncia, en que el Art. 71¹⁰⁹ del CIADI faculta al Estado para denunciar el Convenio y con el antecedente de la prohibición impuesta por el Art. 422 de la Constitución.

Paralelamente, en el año 2008 se denunciaron¹¹⁰ los TBI firmados con Cuba, República Dominicana, Honduras, Nicaragua, Paraguay, El Salvador, Guatemala y Uruguay, todos ellos utilizando los mecanismos de denuncia establecidos dentro del

¹⁰⁵ Redacción El Universo. Rafael Correa cuestiona Tratados Bilaterales de Inversión firmados antes de 2001. www.eluniverso.com/noticias/2015/10/03/nota/5161070/tbi-antes-2001 cuestionados (acceso: 2/03/2017).

¹⁰⁶ Paúl Mena. Ecuador pone fin a tratados bilaterales de inversiones. www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100915_ecuador_fin_tratados_bilaterales_inversiones_jp.shtml (acceso 02/03/2017).

¹⁰⁷ Presidencia de la República del Ecuador. Oficio T.4484-SGJ-09-1431. 3 de junio del 2009.

¹⁰⁸ Decreto Ejecutivo 1823. Registro Oficial 632 del 13 de julio de 2009.

¹⁰⁹ El artículo 71 dispone: "Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación".

¹¹⁰ Todos estos TBI fueron denunciados por medio de una comunicación Ministerial No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 publicada en el Registro Oficial No. 452 de 23 de octubre de 2008.

Tratado, es decir, simplemente con una comunicación a su correspondiente depositario¹¹¹. Inexplicablemente, después de este exitoso proceso de denuncia que seguía los sencillos procedimientos dispuestos en los Tratados¹¹², la Presidencia de la República decidió tomar una ruta compleja para concretar el ánimo de denuncia.

De conformidad con la Ley¹¹³, la Constitución¹¹⁴ y las disposiciones de los Tratados¹¹⁵, el procedimiento de denuncia, en general, requiere simplemente que el Presidente solicite la aprobación de la Asamblea Nacional¹¹⁶ y posteriormente comunique al depositario del Tratado el deseo de denunciarlo. Sin embargo, el Gobierno decidió que antes de accionar los procedimientos de denuncia debía enviar a la Corte Constitucional una solicitud para que por medio de un dictamen se resolviera su constitucionalidad previo a que la Asamblea Nacional diera el visto bueno para su denuncia¹¹⁷.

Pues bien, debemos destacar que no existe norma legal ni constitucional que requiera a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la constitucionalidad de un instrumento internacional válidamente suscrito previo a su denuncia, pues ésta simplemente deriva de la voluntad del Estado¹¹⁸ por lo que es inoficioso declararlo inconstitucional previamente.

Es decir, conforme el Art. 419 de la Constitución, el Art. 54 de la Convención de Viena y las disposiciones de denuncia de los Tratados, el Estado ecuatoriano únicamente debía solicitar a la Asamblea Nacional la aprobación previa de denuncia¹¹⁹ para luego comunicar al depositario del Tratado esta voluntad.

¹¹¹ Vid. Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre la República del Ecuador y la República de El Salvador. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 153 del 16 de mayo de 1994; Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre la República del Ecuador y la República de El Salvador. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 153 del 16 de mayo de 1994.

¹¹² Así, el Art. 11 del Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre la República del Ecuador y la República de El Salvador faculta la denuncia: (1) El presente Convenio entrará en vigor a los cuarenta y cinco días de la fecha del canje de los respectivos Instrumentos de Ratificación y su vigencia será de diez años. Después permanecerá en vigor hasta la expiración de un plazo de doce meses a partir de la fecha en que alguna de las Partes Contratantes notifique por escrito a la otra Parte Contratante, su decisión de dar por terminado este Convenio.

¹¹³ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Artículo 108 numeral 5. Registro Oficial Suplemento 642 de 27 de julio de 2009.

¹¹⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 418. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹⁵ *Supra* 7.

¹¹⁶ El Art. 419 de la Constitución prescribe: "La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional".

¹¹⁷ Presidencia de la República del Ecuador. Oficio T.4766-SNJ-10-21. 6 de enero de 2012.

¹¹⁸ Vid. Laurence Helfer. "Exiting Treaties". *Virginia Law Review* Vol 91:1579. (2005); Lavopa, Barreiros, & Bruno. "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties". *Journal of International Economic Law*, 16:4 (2013) pp 869-891.

¹¹⁹ Al efecto, el Art. 54 numeral 1 de la Convención de Viena establece que la terminación o retiro de una parte del Tratado podrá tener lugar conforme las disposiciones del propio Tratado.

Resulta extraño, entonces, cómo si por un lado el Gobierno deseaba con afán la denuncia de los TBI¹²⁰ –y particularmente aquellos que podrían suscitarle controversias a futuro- de otro lado haya decidido iniciar un proceso previo ante la Corte Constitucional para que sean declarados inconstitucionales, obviando el procedimiento sencillo y célere establecido en los Tratados para su denuncia emitiendo simplemente una comunicación al depositario.

El resultado de este proceso *sui generis* de denuncia es que solo unos días antes de la salida del Presidente Rafael Correa se logró concretar la denuncia de la totalidad de los Tratados. Hasta antes del 16 de mayo de 2017, fecha en la que mediante sucesivos decretos ejecutivos se denunciaron estos instrumentos, solamente se habían denunciado los TBI firmados con Alemania¹²¹, Finlandia¹²² y Rumania¹²³. Si el Gobierno hubiera denunciado en 2008 el TBI firmado con Estados Unidos, por ejemplo, siguiendo el mecanismo establecido en dicho Tratado, es decir, sencillamente comunicando la voluntad de denuncia, a la fecha no sólo que no estaría vigente sino que habiendo pasado diez años desde la denuncia, ni siquiera la cláusula de remanencia¹²⁴ estaría vigente. Llama la atención que después de seguir la vía imposible para la denuncia de los Tratados, el resultado final fue exactamente el mismo que debió haberse ejecutado desde un inicio: una comunicación al depositario donde simplemente se indique, como en efecto sucedió: “Denunciar y por lo tanto declarar terminado el Acuerdo para la Promoción Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador suscrito el 26 de junio de 1996 en la ciudad de Quito”¹²⁵.

Todo esto, *prima facie*, nos hace observar con un suspicacia el ánimo político del Gobierno para denunciar estos instrumentos y su lentitud jurídica al momento de actuar concretamente. Ciertamente una primera explicación podría ser que la necesidad real de inversión y crédito del Gobierno, le impedía denunciar estos instrumentos pues, aunque materializaría su discurso, surtiría un efecto contrario a sus necesidades.

¹²⁰ Vid. La Radio del Sur. *Presidente ecuatoriano califica de nueva forma de colonialismo a los Tratados Bilaterales de Inversión*. <https://laradiodelsur.com.ve/2014/11/29/presidente-ecuatoriano-califica-de-nueva-forma-de-colonialismo-a-los-tratados-bilaterales-de-inversion-audio/> (acceso: 02-03-2017); Paúl Mena. *Ecuador pone fin a tratados bilaterales de inversiones*. www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100915-ecuador-fin-tratados-bilaterales-inversiones.jp.shtml (acceso 02/03/2017).

¹²¹ Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial 294 de 6 de octubre de 2010.

¹²² Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial 335 de 7 de diciembre de 2010.

¹²³ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Nota Verbal No. 4-3-10/08, de 01/02/2008; y, Nota No. 4-3-126/08, de 31/07/2008.

¹²⁴ Esto, considerando que el TBI firmado por Estados Unidos y Ecuador dispone en su Art. 12 numeral 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”.

¹²⁵ Decreto Ejecutivo 1411. Artículo 1. Quito, 16 de mayo de 2017.

2.2 Los dictámenes de inconstitucionalidad emitidos por la Corte Constitucional

A continuación se analizará el proceso de declaratoria de inconstitucionalidad que fue efectuado por la Corte Constitucional a pedido de la Presidencia. Para ello, partiremos de la revisión de los fundamentos de competencia de la Corte Constitucional para declarar inconstitucional un tratado válidamente suscrito, seguidamente examinaremos los fundamentos de la Corte en relación a la existencia de un cambio esencial de circunstancias que hace inejecutables algunas, no todas, las cláusulas de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos con base en las disposiciones de la Constitución de 1998¹²⁶.

2.2.1 La competencia de la Corte Constitucional para tramitar el control de constitucionalidad de un Tratado válidamente suscrito por el Estado

El Art. 107 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹²⁷ (en adelante LOGJCC) establece claramente cuáles son las modalidades de control constitucional frente a los tratados internacionales y determina que la Corte Constitucional intervendrá por medio de los siguientes mecanismos:

1. Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa: Generalmente ocurre cuando, por la naturaleza del Tratado, la Corte Constitucional considera que es imperativa su aprobación para lo que emite un dictamen de exhorto al órgano legislativo remarcando la necesidad de aprobación desde la perspectiva constitucional.
2. Control constitucional previo a la aprobación legislativa: Es el control constitucional por excelencia refiere a la verificación de la compatibilidad de los tratados antes de que el órgano legislativo los apruebe (control *ex ante*)¹²⁸.
3. Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa

Una vez que la función ejecutiva decidió tomar la vía imposible para denunciar los TBI a la Corte Constitucional le correspondió, a como dé lugar, encontrar algún fundamento jurídico para tramitar la solicitud de la Presidencia. Así las cosas y como era evidente que la competencia de la Corte para declarar inconstitucional un tratado como paso previo a su

¹²⁶ Corte Constitucional del Ecuador. *Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Francia*. Registro Oficial Suplemento 294 del 06 de octubre de 2010.

¹²⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

¹²⁸ Cfr. Hernán Salgado. *Instituciones políticas y Constitución del Ecuador*. Quito: Idis. 1987 p 39; Rafael Oyarte. German Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Editorial Mar del Plata. 1993; Manuel Aragón. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1999.

denuncia era conflictiva por la futilidad esencial que representaba el proceso, los Magistrados decidieron fundamentarla de la siguiente forma:

El señor Economista Rafael Correa delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, mediante oficio No. T.4766-SNJ-10-21 del 06 de enero del 2010, puso a conocimiento de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el Convenio suscrito entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, convenio internacional celebrado a fin de que crear, promover y proteger las inversiones de los inversionistas de las partes contratantes. (...) Mediante informe previo, se estableció que la denuncia del Convenio celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, requiere aprobación legislativa y en consecuencia procede el control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. (...) En virtud de lo que establece el artículo 438 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para resolver, mediante dictamen vinculante, sobre la constitucionalidad de los instrumentos internacionales. Además, según el artículo 75, numeral 3, literal d de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional es competente para ejercer el control de constitucionalidad de los tratados internacionales. (...) La Corte Constitucional tiene competencia para emitir un dictamen de constitucionalidad, previo y vinculante a la denuncia de los tratados internacionales vigentes, es decir, que ya forman parte del ordenamiento jurídico nacional como en el presente caso, al tratarse de un Convenio sobre la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Finlandia y nuestro país, celebrado el 18 de abril del 2001 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1756 del 13 de agosto del 2001. (...) Dada la manifiesta trascendencia que este tipo de acuerdos, convenios o tratados tienen para los países que los suscriben, resulta imperioso que éstos pasen un detenido escrutinio constitucional, el mismo que, por obvias consideraciones, debe ser realizado por el órgano que cada sociedad haya facultado para tal efecto; en el caso ecuatoriano, este control le corresponde a la Corte Constitucional. (...) Al respecto, la sentencia No. 0006-2010-TI emitida por este Organismo, manifiesta que "es necesaria la intervención de la Corte efectuando el correspondiente control abstracto de constitucionalidad"¹²⁹

En suma, los Magistrados de la Corte Constitucional sustentaron la competencia para declarar la inconstitucionalidad de los TBI previo a su denuncia en lo siguiente:

- a) El Art. 75 numeral 3 literal d de la LOGJCC¹³⁰: Si bien la norma se refiere a que la Corte Constitucional será competente para ejercer el control de constitucionalidad de tratados internacionales y bien pudo haber sustentado la competencia de la Corte para declarar inconstitucionales a los TBI válidamente celebrados, consideramos que esta norma esencialmente se refiere a un control *ex ante* de constitucionalidad, es decir, otorga a la Corte Constitucionalidad para ejercer el control previo a que el Estado perfeccione el proceso de suscripción del tratado internacional.

¹²⁹ Dictamen de Constitucionalidad del Convenio de Promoción y Protección de Inversiones con Finlandia. Registro Oficial Suplemento 258 de 17 de agosto de 2010.

¹³⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 75. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

30 ABO. 2017

b) El Art. 438 de la Constitución: No obstante esta norma se refiere a un control previo y vinculante de constitucionalidad de los tratados internacionales, así reza textualmente el referido Art. 438 al establecer que: "La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1) Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional"¹³¹. Esta norma constitucional, que se halla íntimamente vinculada al antes referido Art. 75 numeral 3 literal d de la LOGJCC, nos permite interpretar con mayor solvencia que el control destinado a la Corte Constitucional es de carácter previo al perfeccionamiento de la suscripción de un Tratado Internacional¹³².

De igual forma en otros dictámenes¹³³, la Corte Constitucional ha sostenido que es competente para tramitar un dictamen de inconstitucionalidad de un Tratado válidamente celebrado por cuanto el Art. 112 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales dispone:

Efectos de las sentencias y dictámenes.- Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes:

4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional¹³⁴

Considerando la inadecuación de los artículos 438 de la Constitución y 75 de la LOGJCC a efectos de otorgar competencia para la declaratoria de inconstitucionalidad de los TBI -pues ambos artículos se refieren al control de constitucionalidad *ex ante* no *ex post*-, el Art. 112 numeral 4 de la LOGJCC permitió construir una base jurídica más sólida aunque aún insuficiente para que la Corte Constitucional sustente su competencia.

Sin perjuicio de que la prescripción del referido artículo no es clara¹³⁵, la figura del control de constitucionalidad *ex post* es substancialmente residual y excepcional por cuanto bajo el derecho internacional de los tratados, la normativa interna que debe observarse para

¹³¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 438. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³² Este punto ha causado tal confusión que, inclusive, en el Dictamen emitido para la denuncia del TBI firmado con Suiza, la Corte Constitucional dice fundamentar su competencia en que: "el Capítulo V, "Control Constitucional de los tratados internacionales", artículo 107 *ibidem*, en armonía con lo dispuesto en el artículo 71, numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, establecen las modalidades de control constitucional de los tratados internacionales, entre los cuales se hace referencia al control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados que trata el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa" (lo subrayado me pertenece).

¹³³ Convenio Dictamen de Constitucionalidad del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Suecia. Registro Oficial Suplemento 294 de 6 de octubre de 2010.

¹³⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 112 numeral 2. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

¹³⁵ Esto principalmente en cuanto no se entiende la consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad del Tratado Internacional pues la referida norma dispone: "Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional", sin que sea claro, a parte de la denuncia, qué deberá hacer el Estado frente al instrumento internacional.

analizar la validez en el proceso de suscripción es la que estuvo vigente al momento en que tal proceso se realizó¹³⁶. Aunque no existe mayor desarrollo doctrinal ni jurisprudencial alrededor de la aplicación del Art. 112 numeral 2 de la LOGJCC, consideramos que este tipo de control es necesario cuando por la naturaleza del tratado su denuncia podría tener consecuencias directas o indirectas para los más fundamentales deberes del Estado, la vigencia de garantías constitucionales o para la vigencia de derechos humanos.

Si bien es cierto que por el principio de progresividad y no regresión¹³⁷ sería virtualmente imposible denunciar un tratado en materia de derechos humanos, en el caso de tratados que aborden indirectamente¹³⁸ este tipo de derechos –o aquellos relacionados con los derechos fundamentales- es necesario que, previo a su denuncia, la Corte Constitucional analice las implicaciones jurídicas de tal acto unilateral del Estado¹³⁹. Entonces, si bien la denuncia a un Tratado es un acto voluntario que bajo el derecho internacional público deriva de la soberanía del Estado, cuando por sus particularidades la denuncia pudiera repercutir en el goce y ejercicio de derechos fundamentales o humanos, dicho acto unilateral y discrecional puede estar sujeto al escrutinio por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, tomando en cuenta la naturaleza puramente económica y de estándares de protección que se derivan de los TBI, éstos se alejan de las consideraciones previamente descritas y que permitirían la aplicación del Art. 112 numeral 2 de la LOGJCC a efectos de otorgar competencia para el control ex post de un instrumento internacional.

2.2.2 Los fundamentos de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la cláusula de resolución de conflictos de los TBI: La cláusula rebus sic stantibus

En el año 2010 la Corte Constitucional recibió el Oficio No. T.4766-SNJ-10-21 por parte de la Presidencia de la República donde se establece la necesidad de que la Corte Constitucional se manifieste sobre la constitucionalidad de los TBI, puesto que estos instrumentos internacionales:

Atribuye competencias propias del orden jurídico interno a organismos internacionales o supranacionales, por considerar que dicho acuerdo contiene cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, sometiendo al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución de casos relacionados con dicho convenio, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana, los cuales suelen resolver controversias sin tomar en consideración el derecho ecuatoriano, valorando peculiarmente el concepto de "inversión", considerando las medidas legislativas tomadas en el Ecuador

¹³⁶Laura García Matamoros. "Control constitucional de los tratados públicos a la luz del derecho internacional". Revista de Estudios Socio Jurídicos. (1999);

¹³⁷ Este principio establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para la vigencia y satisfacción de los derechos humanos en cada momento histórico así prohibición de cualquier retroceso o involución de esta tarea.

¹³⁸ Por ejemplo los Convenios de la OIT que abordan y desarrollan el contenido de los derechos laborales o ciertos instrumentos de la OMS que amplían derechos relativos a la salud.

¹³⁹ Ello por cuanto si bien el ejercicio del derecho a la denuncia es unilateral, al ser una expresión del poder público debe adecuarse a las disposiciones constitucionales.

como "arbitrarias" o "discriminatorias", así como considerando las medidas tributarias del país como "confiscatorias"¹⁴⁰

La solicitud de Presidencia se centraba en cuestionar la constitucionalidad, validez y juridicidad de los TBI fundamentalmente por lo siguiente:

Todo Estado, como parte de la comunidad internacional, está obligado a respetar sus compromisos, así se ha pronunciado el Tribunal Permanente de Justicia Internacional y el actual Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, haciendo una excepción cuando afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno, norma que está enfocada a casos extraordinarios y evidentes (...) La excepción dada por la propia Convención no es aplicable al presente caso, ya que abarca exclusivamente cuestiones de importancia fundamental en la competencia para celebrar tratados, lo cual claramente no abarca al Convenio objeto del análisis de la Corte.¹⁴¹

Con estos antecedentes a la Corte Constitucional le correspondió formarse un criterio en primer lugar respecto de los TBI y su naturaleza y en segundo término sobre la posibilidad de que la Constitución de 2008 hubiera implicado un cambio fundamental de circunstancias que genera la inejecutabilidad de los TBI, particularmente de las cláusulas de resolución de conflictos. Sobre la naturaleza de los TBI's, el criterio de la Corte ha sido el siguiente:

Constituye el marco jurídico para el reconocimiento de los intereses y prerrogativas de los inversionistas; que el hecho más relevante, subyacente en los TBI, se refiere al procedimiento de solución de controversias Inversionista-Estado, en el cual se adopta la modalidad de "arbitraje" en cortes extranjeras. Esta cláusula pone en el mismo nivel a estos dos actores y posibilita algo impensable en otros tiempos: que una "persona jurídica", en este caso las corporaciones transnacionales, puedan demandar a un Estado Nacional. Hay distintos tipos de cortes de arbitraje. Tal vez una de las más importantes es el CIADI, adscrita al Banco Mundial; UNCITRAL, adscrita a la ONU; y los mecanismos "ad-hoc" por acuerdo entre las partes. Estas cortes son de carácter privado y por tanto no responden a un interés colectivo. En lo fundamental, a través de estos instrumentos, el Estado ecuatoriano ha cedido el fuero o jurisdicción de los jueces nacionales para tratar desavenencias o conflictos, a instancias internacionales. Se ha aducido que nuestro sistema jurídico no es confiable ni idóneo, que es lento e inmoral, y se ha sostenido que el arbitraje externo es el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos o diferencias. La Constitución de la República establece actualmente parámetros bien definidos respecto a esta temática.¹⁴²

La Corte Constitucional parte de supuestos errados y falaces respecto del rol del arbitraje en materia de inversiones al considerar, por ejemplo, que por ser el arbitraje privado es incompatible con lo que los Magistrados denominan "interés colectivo". Es decir que la naturaleza privada de los árbitros y de los centros que administran los procesos, automáticamente les imposibilita defender a un interés colectivo por lo que, *contrario sensu*, únicamente pueden responder a los intereses de los privados, es decir, de las empresas.

¹⁴⁰ Presidencia de la República del Ecuador. *Oficio No. T.4766-SNJ-10-21* <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec> (acceso 10/10/2016).

¹⁴¹ Presidencia de la República del Ecuador. *Oficio No. T.4766-SNJ-10-21* <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec> (acceso: 10/10/2016).

¹⁴² Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y la República Popular China. Registro Oficial Suplemento 258 del 17 de agosto de 2010.

Sin perjuicio de la falacia de generalización y *ad hominem* que subyace a este argumento, la Corte Constitucional obvia que el Art. 190 de la Constitución reconoce al arbitraje como un método para la solución de conflictos¹⁴³ válido y que el Art. 17 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁴⁴ prescribe que el arbitraje es un servicio público que, por consiguiente, sirve a la comunidad y se relaciona con el interés superior de resolver las disputas dentro de la sociedad. Más allá de esto, la Corte ahonda en su falaz argumentación y en su estigma contra el sistema arbitral al sostener sin más que: “Se ha aducido que nuestro sistema jurídico no es confiable ni idóneo, que es lento e inmoral”¹⁴⁵. Ello, sin identificar quién ha dicho, cuándo y en qué contexto y, sobre todo, sin exponer cómo esto alimenta una sentencia constitucional que debería ser emitida en estricto apego a derecho.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos jurídicos expuestos por la Corte Constitucional la tesis primigenia es que ha existido cambio fundamental de circunstancias generada por la promulgación de la Constitución de 2008 y que ha afectado la ejecutabilidad de las cláusulas de resolución de conflictos de los TBI. De esta forma la Corte Constitucional ha sostenido:

La forma más común de terminar los tratados es por el cumplimiento total de los mismos, o la conclusión del plazo establecido. Pero existen otras formas de terminación, generalmente anticipada, por la voluntad de todas las partes intervinientes; por voluntad unilateral de una de las partes, debido al cambio sustancial de las circunstancias, por hechos sobrevinientes y por el surgimiento de una norma de jus cogens. Al margen de la previsión o del acuerdo posterior de las partes, cabe la posibilidad, en determinados supuestos, de denunciar un tratado, bien haciendo uso del derecho de denuncia no motivada dentro de los límites en que es reconocido, o bien invocando una de las causas del Derecho Internacional en general; también puede producirse la terminación de un tratado como consecuencia de una imposibilidad de cumplimiento (artículo 61 Convención de Viena) la que ha de ser sobrevenida con posterioridad a la conclusión del tratado, de manera definitiva o irreparable, y ser indispensable para la ejecución o el cumplimiento (artículo 61 CV); y por un cambio fundamental de las circunstancias, que según la Convención de Viena ha puesto de relieve su carácter excepcional, lo que exige que afecte a circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato; que tales circunstancias constituyan la base esencial del consentimiento de las partes que se obligan; que el cambio de las circunstancias no fuera previsto por las partes; que el cambio sea fundamental, modificándose el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse. La Convención de Viena, en el artículo 62, refiere que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado, y que no fue previsto por las partes, no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que: a) la existencia de estas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. Es decir, que la terminación de un tratado bajo este argumento tiene un alcance restrictivo y hasta excepcional para evitar el abuso que crearía inseguridad en las relaciones internacionales y el quebrantamiento del principio de *pacta sunt servanda*, eje del derecho internacional. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, al menos en dos de sus fallos, acepta la posibilidad de terminación

¹⁴³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008

¹⁴⁴ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009

¹⁴⁵ Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y la República Popular China. Registro Oficial Suplemento 258 de 17 de agosto de 2010.

del tratado cuando existe un cambio fundamental en las circunstancias, que vuelve más oneroso el cumplimiento de las obligaciones o varía radicalmente el alcance de las mismas. Es importante determinar el efecto de un cambio de circunstancias, que deja de suscitar interés en su cumplimiento, y deja de ser obligatorio su cumplimiento sobre la base de que hay una estipulación implícita de exoneración del contrato por la ocurrencia de circunstancias determinantes, llamada cláusula de rebus sic stantibus, que en una época era corriente insertarla en los tratados, y considerar que la generalidad de sus estipulaciones deberían tener fuerza sólo mientras ciertas condiciones determinadas continuaban existiendo: Si bien esta condición se encuentra sobrentendida en los tratados, ello no implica que opere por sí misma para terminar el tratado cuando las condiciones cambien, más bien, se exige de un procedimiento previo tramitado en instancias o tribunales competentes que en su momento aprobaron o ratificaron el tratado, y que decidirá que "...ha cesado de ser obligatoria, suspendiéndose provisionalmente su cumplimiento hasta que se haga tal declaración. Los tratados se suscriben bajo determinadas circunstancias existentes en ese momento y estas son, en ocasiones, la causa para la celebración del acuerdo, y si estas varían sustancialmente y no pudieran ser previstas, habría desaparecido la razón de ser del convenio, y no tendría sentido mantenerlo; dicho cambio vuelve imposible su cumplimiento, o las condiciones ya no puedan ser las mismas que originalmente se estipularon. El artículo 46 de la Convención de 1969 establece que un Estado no puede alegar la violación de una disposición constitucional "a menos que esa violación fuere manifiesta y afecte a una norma de su derecho interno de fundamental importancia" y añade que "Una violación es manifiesta en el caso de ser objetivamente evidente para cualquier Estado que se rija a sí mismo en esta materia de acuerdo con la práctica normal y de buena fe".¹⁴⁶

La Corte Constitucional considera que ha operado un cambio fundamental de circunstancias toda vez que el Art. 422 de la Constitución prohíbe la ejecución de cláusulas de resolución de conflictos como las que hallamos en los TBI:

La Constitución de la República establece como uno de sus primordiales deberes el "garantizar y defender la soberanía nacional" la misma que en el ámbito nacional se traduce en la voluntad del pueblo que legitima en última instancia las decisiones de la autoridad; mientras que en ámbito internacional comprende la base de las relaciones entre los Estados, pues parte de la autoridad que cada Estado tiene sobre sí. En efecto, revisado el texto del Convenio se establece que el mismo contiene cláusulas contrarias a la Constitución y consecuentemente lesivas para el interés nacional, como es el caso de la prevista en el artículo XIII del Acuerdo que somete al Estado ecuatoriano al arbitraje internacional para la solución de conflictos, en desmedro de lo estipulado en el artículo 422 de la Constitución de la República (...) al someter jurisdiccionalmente al Ecuador al arbitraje internacional, no sería raro que se presenten experiencias como las que ha descrito el Presidente de la República, en el sentido de que al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano se priorice el concepto de la "inversión", en menoscabo del ordenamiento interno, al considerar que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido "arbitrarias" o "discriminatorias", o a pesar de que en la mayoría de los convenios se ha respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversión, los tribunales arbitrales eventualmente las desconocen, al estimar que una medida tributaria es "confiscatoria", lo que evidentemente habría lesionado el interés nacional, justificándose de esta manera la intención de denunciar por parte del Presidente Constitucional de la República al Convenio en mención. Lo que no solo atenta al artículo XIII sino también el artículo XIV del Convenio a la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁴⁶ Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010.

De igual forma, los Magistrados sostienen que han cambiado las circunstancias puesto que las relaciones internacionales del Estado a la luz de la Constitución de 2008 se manejan con base en principios disimiles de aquellos que fueron tomados en cuenta par a la firma de los TBI pues el nuevo orden jurídico en esencia¹⁴⁷: (1) Proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos; así como la cooperación, la integración y la solidaridad; (2) Reconoce al derecho internacional como norma de conducta y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos; (3) Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados¹⁴⁸. Por ende, la Corte considera que:

Cabe preguntarnos hasta qué punto estos TBI han sido recíprocos, qué beneficios han obtenido nuestros inversionistas en el Reino Unido de Gran Bretaña, o el marco jurídico ha posibilitado que únicamente los beneficios estén direccionados para los inversionistas extranjeros; diríase que prácticamente los TBI han sido de adhesión. Nuestro país no ha discutido ni ha puesto sus criterios, solo los ha suscrito sin beneficio de inventario. Habría que remarcar que este tipo de convenios deben dejar réditos y contribuir al logro de un desarrollo sustentable en los países en vías de desarrollo. A partir del 20 de octubre del 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República; se inscribe en el ámbito de la corriente constitucionalista latinoamericana que define al Estado como Constitucional de derechos y justicia, estructurado ya no para servir intereses económicos hegemónicos, sino priorizando un eje social que tiene como su vértice al ser humano mirado desde su diversidad, y vulnerabilidad. Deja atrás una concepción del Estado que se definía como social de mercado, impartía políticas neoliberales en las que se imponían reglas como la libre competencia, la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos y la cesión de soberanía en el manejo de mecanismos alternativos de solución de conflictos. En consecuencia, han cambiado sustancialmente las circunstancias que si bien hicieron posible hace 16 años la suscripción del Convenio materia de estudio, actualmente asistimos a un cambio fundamental con la entrada en vigor de la nueva Ley Fundamental o Carta Política del Estado desde el año 2008, a la cual debe sujetarse todo el ordenamiento jurídico, incluidos los tratados internacionales, así como el procedimiento y condiciones para la suscripción y ratificación de los convenios internacionales.¹⁴⁹

Como en la mayoría de secciones, en la aquí transcrita la Corte Constitucional parte de un sesgo y estigma en contra del arbitraje de inversiones y le imputa en abstracto la misma retórica que a un actor político. Así, los Magistrados acotan, sin exponer ninguna base empírica, que el sistema de protección de inversiones se encuentra direccionado a

¹⁴⁷ Dictamen de la Corte Constitucional sobre el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos. Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011; Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010.

¹⁴⁸ Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Suiza. Registro Oficial Suplemento 331 del 11 de noviembre de 2010.

¹⁴⁹ Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010.

proteger y servir intereses económicos hegemónicos lo que contrasta con un Estado nuevo, protector del ser humano mirado desde su diversidad, y vulnerabilidad. A reglón seguido, los Magistrados del máximo órgano de interpretación constitucional que se precia de ser independiente del poder político, prácticamente embandera un discurso anti-capitalista y anti corporativo al establecer sin más que el cambio del Estado neoliberal, donde se impone la libre competencia y se generan las condiciones para la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos y la cesión de soberanía en el manejo de mecanismos alternativos de solución de conflictos es la base para dar paso a la terminación de los TBI. Es decir, la retórica proteccionista y supuestamente reformadora de las relaciones sociales que ha propuesto el Gobierno desde el discurso puramente político¹⁵⁰ es adoptado por la Corte Constitucional –órgano independiente- como un fundamento jurídico y constitucional para cimentar la denuncia de un tratado internacional.

2.2.3 La cláusula rebus sic stantibus: Acercamiento teórico

Ahora bien, superando estas desviaciones políticas y una vez que hemos expuesto los criterios de la Corte Constitucional para sostener la existencia de un cambio esencial de circunstancias, nos adentraremos en definir y poner en contexto este concepto. Es importante iniciar acotando que una de las áreas de mayor conflictividad dentro del derecho de los tratados tiene relación con la definición y alcance de la cláusula rebus sic stantibus¹⁵¹. La controversia a nivel doctrinario ha sido amplia, sin embargo, ha existido un consenso en el sentido de que un tratado puede derivar en inexigible cuando hubiere ocurrido un cambio en el estado de las cosas existente al momento en que ocurrió el acuerdo¹⁵². En este sentido, el Art. 62 de la Convención de Viena dispone:

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:
 - a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
 - b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado¹⁵³.

En consecuencia, si bien la alegación del cambio fundamental de circunstancias es lícita a efectos de dar por terminado un tratado internacional, ésta debe adecuarse a la

¹⁵⁰ Cfr. Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017. Sección 1: Presentación. Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.

¹⁵¹ Manuel Díez de Velasco. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 169.

¹⁵² Vid Pablo J. Martín Rodríguez. *Flexibilidad y tratados internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2003, p. 39; Víctor Pérez Vargas. "Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda". *Revista Judicial, Costa Rica, No 90*. (2009), p. 250

¹⁵³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículo 62

prescripción del Art. 62 de la Convención de Viena¹⁵⁴ por lo que en todo caso para invocar esta cláusula es menester enfocarnos en cómo dichas circunstancias constituyeron base esencial del consentimiento y cómo el cambio modificará radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del Tratado. Tal como ha acota la doctrina, el requisito fundamental es que los hechos que se alegan cambiados hubieren sido los determinantes al momento de la firma, de tal forma que su inexistencia o degradación hicieran que el Tratado fuera inejecutable materialmente.¹⁵⁵ En este sentido, Samuel Pufendorf señala:

La pregunta generalmente discutida es si las promesas traen consigo una condición tácita de mantener las cosas en el estado en el que están. Esto, en general debería ser negado a menos que se pruebe que el estado presente de las cosas se incluye fundamentalmente en esa razón inicial para haber pactado¹⁵⁶.

De otro lado Klüber sostiene que "La validez de los tratados termina al momento del cambio sustancial de las circunstancias cuya existencia era presupuesta necesaria por ambas partes"¹⁵⁷. Sir Robert Phillimore, por su parte sostiene: "Cuando el estado de las cosas que era esencial y motivante para la fundación de la promesa o compromiso se ha extinguido, la obligación de igual forma ha cesado"¹⁵⁸

Dentro de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) de Naciones Unidas ha existido un desarrollo en relación a este tema. La CDI centró sus esfuerzos en determinar el alcance filosófico de la cláusula en cuestión. En tal virtud el primer cambio fundamental fue pasar de la denominación latina *rebus sic stantibus* a *cambio fundamental en las circunstancias*.¹⁵⁹ Por medio de esta medida, la CDI quiso limitar el alcance del cambio fundamental de tal forma que no se contraponga al pilar fundamental del derecho internacional público, el principio *pacta sunt servanda*¹⁶⁰. En consecuencia, lo primero que se debía hacer era cortar toda posibilidad de utilización de esta cláusula como costumbre internacional¹⁶¹ pues su uso debía estar reservado a la ocurrencia de circunstancias verdaderamente determinantes y vinculadas a que el principio general de la buena fe en la contratación internacional no se relativice. Dentro de dicha Comisión el jurista Shabtai Rosenne apreció que se debía: "lograr cierto equilibrio entre la norma *pacta sunt servanda* y el prudente reconocimiento de la necesidad de permitir la modificación de los tratados de

¹⁵⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículo 62.

¹⁵⁵ Vamvoukos Athanassios. *Termination of Treaties in International Law: the Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*. New York: Oxford University Press, 1985.

¹⁵⁶ Samuel Puffendorf. *Classics of International Law*. Oxford: The Clarendon Press. 1934. pp. 817.

¹⁵⁷ Jean Klüber. *Le Droit des Gens Moderne de l'Europe*. Paris: Maze, 1874.

¹⁵⁸ Robert Phillimore. *Commentaries upon International Law*. Londres: Butterworths, 1871. pp. 109.

¹⁵⁹ The Hague Academy of International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 294 La Haya: Martinus Nijhoff Publishers pp 323, 2003.

¹⁶¹ Comisión de Derecho Internacional. *Informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II, 1966, s. I., pp. 282.

forma que una rigidez excesiva no comprometa el mantenimiento de la paz".¹⁶²

2.2.4 ¿Ha existido un cambio fundamental de circunstancias que fundamente la denuncia a los TBI como lo ha dictaminado la Corte Constitucional?

Una vez que hemos revisado los argumentos expuestos por la Corte Constitucional así como las principales acepciones del cambio fundamental de circunstancias, nos centraremos en definir si en el caso de los TBI ha operado.

Como ya hemos remarcado la Corte Constitucional se ha enfocado en sostener la procedencia de la denuncia de los TBI por cuanto ha existido un cambio esencial en las circunstancias toda vez que: (1) El Art. 422 de la Constitución prohíbe la sujeción del Estado a procesos arbitrales internacionales como los dispuestos en los TBI¹⁶³; (2) La Constitución de 2008 ha establecido un nuevo orden de relaciones internacionales donde el sistema de protección de inversiones no es armonioso¹⁶⁴.

Estimamos que la invocación de la cláusula rebus sic stantibus es improcedente en el caso que nos ocupa por lo siguiente:

1. El Art. 57 de la Convención de Viena dispone que la suspensión de la aplicación de un tratado puede darse conforme las disposiciones de cada tratado o en cualquier momento por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes. En el caso de los TBI la terminación que procedía era la denuncia con arreglo a lo dispuesto en las correspondientes cláusulas de terminación de estos instrumentos¹⁶⁵, es decir, por medio de una comunicación al depositario manifestando la voluntad de denuncia. Cuando en un Tratado existe un mecanismo de terminación directo que únicamente pende de la voluntad del Estado parte, la invocación de la cláusula rebus sic stantibus es del todo inoficiosa pues ésta se encuentra prevista para fundamentar jurídicamente una terminación que no se apega a la disposición del tratado ni cuenta con el consentimiento de todas las partes, es decir, que no ingresa en el presupuesto del Art. 57 de la Convención de Viena.

¹⁶² Comisión de Derecho Internacional. *Informe de la Comisión a la Asamblea General*, Vol. II, 1966, s. I., pp. 282.

¹⁶³ Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010; Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y la República Popular China. Registro Oficial Suplemento 258 de 17 de agosto de 2010; Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Suiza. Registro Oficial Suplemento 331 del 11 de noviembre de 2010.

¹⁶⁴ Dictamen de la Corte Constitucional sobre el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos. Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011; Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010.

¹⁶⁵ Vid Sección 1, Capítulo III.

2. No se ha cumplido el estándar de esencialidad en el cambio de circunstancias conforme requieren los artículos 61 y 62 de la Convención de Viena. Como refiere Paul Reuter, el cambio antes mencionado tiene dos elementos, un cualitativo y un cuantitativo. En lo que refiere a lo cualitativo: “el cambio debe afectar a los hechos mismos en los que se basó el consentimiento”¹⁶⁶, en lo que refiere al cualitativo: “el cambio debe ser suficientemente extenso como para alterar por completo las condiciones del acuerdo”¹⁶⁷. Esto va en armonía con la disposición del Art. 62 de la Convención de Viena en cuanto esta circunstancia debe ser la “base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado”¹⁶⁸. De manera que será necesario que “el cambio en las circunstancias sea de tal magnitud que aumente desproporcionadamente la obligación del Estado invocante, es decir, un sacrificio¹⁶⁹ absoluto”¹⁷⁰ y que el cambio sea tan profundo hasta el punto en que “[...] no es posible, ni siquiera concebible, algún ajuste del compromiso creado por el tratado”¹⁷¹. Además de invocar el Art. 422 de la Constitución y el supuesto cambio en los principios rectores en materia de relaciones internacionales, la Corte Constitucional no ha expuesto cómo ambos elementos suponen un cambio esencial en las circunstancias que transfiguren los hechos mismos en los que se basó el consentimiento. Entonces, considerando que la línea argumental no se ha centrado en solventar conforme lo requiere el Art. 62 de la Convención de Viena la esencialidad del cambio de circunstancias, éstas no pueden ser consideradas como suficientes para declarar la terminación.
3. Aún en el evento de que aceptáramos que la promulgación del Art. 422 de la Constitución ha generado un cambio de circunstancias, conforme hemos indicado en el segundo capítulo de este trabajo de titulación, la redacción del antedicho artículo no prohíbe la celebración de cláusulas arbitrales en instrumentos

¹⁶⁶ Paul Reuter. *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: Fondo de Cultura Económica S.A., 1999, p. 233.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículo 62.

¹⁶⁹ Para ilustrar la naturaleza de los cambios necesarios El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el único tribunal internacional que ha aceptado la terminación unilateral de un tratado como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias. En este sentido, el Bundesfinanzhof de Alemania le solicitó al Tribunal que determinara si la guerra y el desmembramiento en Yugoslavia constituían un cambio fundamental en las circunstancias y, en consecuencia era válido el reglamento que suspendió las concesiones comerciales otorgadas a la República Federativa Socialista de Yugoslavia (RFY). El Tribunal determinó que para poder desarrollar el objeto y fin de los acuerdos entre la Unión Europea y la RFY, y para garantizar una plena cooperación era indispensable que hubiera una situación de paz. Por lo anterior, procedió a señalar que “del examen de la primera cuestión (art. 62 de la CVDT) no se desprende ningún elemento que sea capaz de afectar a la validez del Reglamento de suspensión”. El Tribunal Europeo se pronunció en un sentido hasta la fecha innovador al decir que las “normas del Derecho consuetudinario internacional relativas al cese y la suspensión de las relaciones convencionales como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario”. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia del 16 de junio de 1998 en el caso C-162/96; Véase también: Kokott, Juliane y Hoffmeister, Frank. “European Community. Yugoslavia, Cooperation Agreement”, en *AJIL*; vol. 93, 1999, pp. 205-209.

¹⁷⁰ Julio Barboza. “Derecho Internacional Público”. Buenos Aires: Zavalla, 2001 p 137.

¹⁷¹ Benedetto Conforti. *Diritto Internazionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, Quinta Edizione, 1999, p. 132.

internacionales como los TBI ni la sujeción del Estado a procesos arbitrales por responsabilidad internacional derivada del incumplimiento de un TBI¹⁷². Por ende, al ser ineficaz la proscripción del Art. 422 de la Constitución, éste en ningún caso podría ser invocado como la causa esencial que ha cambiado y que permite denunciar el Tratado.

4. Aunque han habido muy pocos casos donde se invoque la cláusula rebus sic stantibus para la terminación de tratados internacionales, el fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre *Fisheries Jurisdiction*¹⁷³ demuestra, entre otras cosas, que cuando la aplicación de la cláusula de cambio esencial de circunstancias se centra en atacar la ejecutabilidad de una cláusula arbitral, el estándar de evaluación cambia. Así, la Corte sostuvo que: “[E]l Tribunal considera que los peligros para los intereses vitales de Islandia resultantes de los cambios en las técnicas de pesca no podían constituir un cambio fundamental respecto de la subsistencia de una cláusula compromisoria concebida precisamente para hacer frente a esas controversias”¹⁷⁴. Entonces, según la interpretación de la Corte Internacional de Justicia si bien es posible invocar el cambio fundamental de circunstancias para la terminación de un tratado¹⁷⁵, cuando se trata de uno cuyo objeto es la resolución de conflictos su terminación por esta causa resulta aún más conflictiva. Ello, puesto que este tipo de cláusulas se encuentran precisamente diseñadas para dirimir los conflictos derivados de la aplicación e interpretación del Tratado, de forma que si la cláusula rebus sic stantibus ataca su vigencia directamente se le estaría vaciando de todo contenido, inutilizando por completo al arbitraje y restándole efecto útil pues este se halla precisamente para dirimir controversias como la derivada de la ocurrencia de un cambio sustancial de circunstancias. Más aún, este tipo de cláusulas son eminentemente procesales por lo que sería muy difícil que sean modificadas por un cambio de circunstancias materiales.
5. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 26 que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”¹⁷⁶. En concordancia, el Art. 27 de la misma Convención prescribe: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del

¹⁷² Vid. Capítulo II, sección 2.

¹⁷³ Corte Internacional de Justicia. *Fisheries Jurisdiction Case*. Sentencia de 2 de febrero de 1973.

¹⁷⁴ Corte Internacional de Justicia. *Fisheries Jurisdiction Case*. Sentencia de 2 de febrero de 1973. Parágrafo 13-23

¹⁷⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículos 61 y 62 (1969).

¹⁷⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 26 (1969).

incumplimiento de un tratado”¹⁷⁷. En este contexto aun en el evento de que se admitiera que la promulgación de la Constitución de 2008 ha significado un cambio esencial de circunstancias, el Estado ecuatoriano estaría invocando una norma de derecho interno para justificar la terminación de un tratado internacional lo que a la luz de la normativa antes citada sería improcedente. Más aún, con el antecedente de la exigua argumentación que la Corte Constitucional ha hecho respecto a la esencialidad del cambio de circunstancias con arreglo a las disposiciones de los artículos 61 y 62 de la Convención de Viena.

En conclusión, el proceso de denuncia de los TBI deja una gran interrogante, aunque actualmente se ha concluido el proceso de denuncia ¿Por qué se tomó esta vía imposible? Como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, la Presidencia empezó denunciando correctamente la Convención CIADI y los TBI firmados con Honduras, Nicaragua, Cuba, entre otros, usando el mecanismo sencillo de los tratados, esto es, simplemente emitiendo una comunicación a la contraparte manifestando la voluntad de denuncia. De allí para adelante es incomprensible por qué se decidió tomar el camino aquí indicado.

Este anormal proceso que inicio con las particularidades explicadas, solo empeoró cuando a la Corte Constitucional le correspondió explicar su competencia para declarar inconstitucional un tratado válidamente celebrado y, posteriormente, sustanciar cómo es que había operado un cambio esencial de circunstancias que impedía ejecutar las cláusulas de resolución de conflictos. Desde nuestro punto de vista, no se aplicó adecuadamente el estándar de esencialidad en los hechos que sirven como base para el cambio en el estado de las cosas conforme requieren los artículos 61 y 62 de la Convención de Viena. Más aún, la Corte no pudo solventar cómo es que una cláusula eminentemente procesal, como lo es la cláusula arbitral de los TBI, pudo haber sido sujeto de un cambio de circunstancias ajenas a las voluntad de las partes. Finalmente, la ambigüedad del Art. 422 de la Constitución no pudo cimentar este cambio fundamental de circunstancias y no se expuso cómo es que el nuevo orden internacional impuesto por la Constitución de 2008 –que solo fue invocado ornamentalmente por los Magistrados- refirió un cambio esencial de circunstancias que dé paso a la terminación del Tratado. Todo ello nos deja un proceso de inconstitucionalidad defectuoso y sin un sustento jurídico sólido que ahonda en la complejidad que irradia en macro el proceso de denuncia emprendida por el Estado.

¹⁷⁷ *Id.* Artículo 27.

CAPÍTULO III: ¿LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS SON INCOMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LOS TBI?

El presente capítulo tiene por objeto revisar las conclusiones emitidas por la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA), una entidad adscrita a la función ejecutiva de cuyo trabajo no ha existido mayor escrutinio. En primer lugar, nos concentraremos en revisar los antecedentes a su creación y expondremos los diversos informes emitidos. Finalmente nos concentraremos en revisar exhaustivamente la recomendación formulada por esta Comisión respecto a la incompatibilidad de las obligaciones en materia de derechos humanos con las obligaciones derivadas de un TBI. Esta recomendación, a nuestro juicio, merece un enfoque especial pues CAITISA no sustenta jurídicamente esta afirmación y su análisis obliga un interesante debate sobre la interacción existente entre estas áreas del derecho internacional público, el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos.

3.1 La Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA)

Durante estos diez años el Gobierno del Presidente Rafael Correa generó una estructura dentro de la Función Ejecutiva destinada a auditar el sistema arbitraje en materia de inversiones. Todo esto en un esfuerzo por otorgar validez académica al proceso de denuncia y para aportar argumentos para frenar la ejecución de laudos contra el Estado¹⁷⁸. De esta forma mediante Decreto Ejecutivo No. 1506¹⁷⁹ se creó CAITISA, una entidad adscrita a la Secretaría Nacional de Planificación de la Función Ejecutiva con los siguientes antecedentes:

Existe una urgente necesidad de una revisión de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones;

Los pueblos, nacionalidades y organizaciones sociales del Ecuador reunidos en Asamblea en el IV Encuentro de Pueblos y Organizaciones Sociales expresaron, a través del Mandato de los Pueblos, su inconformidad con el pago de las indemnizaciones debidas a compañías extranjeras a causa de decisiones arbitrales en materia de inversiones por considerarlas

¹⁷⁸ Vid. Capítulo III.

¹⁷⁹ Decreto Ejecutivo 1506. Registro Oficial 958 de 21 de mayo de 2013.

injustas y carentes de toda legitimidad¹⁸⁰

Asimismo dentro del mandato de CAITISA se definieron los siguientes lineamientos:

Art. 2.- Se define como auditoría integral ciudadana la acción fiscalizadora con acompañamiento ciudadano dirigida a examinar y evaluar: i) el proceso de firma y negociación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador y las consecuencias de su aplicación; ii) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana; iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte de sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, con el fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencias e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades¹⁸¹

3.2 El balance general descrito por CAITISA en relación a la experiencia del Estado ecuatoriano con los TBI

Dentro de las conclusiones emitidas por CAITISA se hace un recuento histórico del contexto político y social en el que se firmaron los TBI relacionándolos, como no podía ser de otra manera, con el auge del neoliberalismo en Ecuador. Seguidamente con respecto a las cláusulas suscritas por el país, la Comisión señala que la más controversial y problemática es la relativa a la resolución de disputas pues ha implicado cesión soberanía y sometimiento a tribunales internacionales. En relación a las otras cláusulas dentro de los TBI, CAITISA sostiene:

Las tensiones más evidentes entre la legislación nacional y los TBI han surgido respecto de los mecanismos de solución de controversias que implican sesión (*sic*) de soberanía. Sin embargo, los problemas de compatibilidad son mucho más amplios. La Constitución ecuatoriana en sus artículos 3, 276, 277, 283, 284, 313-318, 339, 222 mandatan al Estado a regular la inversión extranjera para que cumpla un papel positivo en la consecución del Plan para el buen vivir. Los TBI atentan contra la capacidad reguladora del Estado ya que limitan las posibilidades del Gobierno de imponer obligaciones al inversor o de regular sus operaciones en el país. A su vez los efectos de la protección a los inversores extranjeros contenida en los TBI resultan contradictorios con las obligaciones asumidas por el Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos que poseen carácter prioritario en su cumplimiento como normas *erga omnes* reconocidas por la comunidad internacional¹⁸².

El informe final presentado desarrolla los siguientes temas¹⁸³:

¹⁸⁰ Decreto Ejecutivo 1506. Exposición de motivos. Registro Oficial 958 de 21 de mayo de 2013.

¹⁸¹ Decreto Ejecutivo 1506. Artículo 2. Registro Oficial 958 de 21 de mayo de 2013.

¹⁸² Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones. Informe final: Conclusiones pp. 1-2.

¹⁸³ Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones. Informe final: Conclusiones pp. 1-6.

- a) La vigencia de la Convención de Washington: La Comisión concluye que existió una situación irregular en su suscripción toda vez que el Congreso Nacional no lo aprobó sino hasta 2001 pese a que fue suscrita en 1986 por lo que no se habría perfeccionado la sujeción del Estado a este instrumento internacional sino hasta la fecha en que el órgano legislativo lo aprobó.
- b) El Art. 422 de la Constitución: CAITISA sostiene sin hacer ningún análisis a profundidad que este artículo prohíbe la suscripción de tratados con cláusulas de resolución de disputas en sede arbitral.
- c) Los TBI y el Plan Nacional de Desarrollo: La Comisión señala que: "los TBI han menoscabado los objetivos y políticas concretas del Plan Nacional de Desarrollo como son: políticas relacionadas con la regulación económica (...) transferencia de tecnología y reducción de pobreza".
- d) Responsabilidad internacional del Estado y de entes no estatales: CAITISA critica que bajo los TBI la responsabilidad del Estado es la única que se pone en tela de juicio dentro del análisis de los Tribunales Arbitrales. Al mismo tiempo remarca el rol protagónico que Ecuador ha tenido en foros internacionales a efectos de lograr normativa internacional que permita procesar a personas jurídicas por vulneraciones a derechos humanos¹⁸⁴
- e) Las reglas de indemnización de daños: La Comisión sostiene que el sistema de protección de inversiones se encuentra viciado por una errónea interpretación y aplicación de las reglas de compensación al momento de indemnizar daños, estas reglas estarían parcializadas hacia los intereses del inversionista.
- f) La revisión y reforma del sistema internacional de promoción y protección de inversiones: Se anota que CEPAL y UNCTAD han "empezado a cuestionar los beneficios del sistema actual de protección de las inversiones y a la vez han embarcado en búsqueda de alternativas"¹⁸⁵ sin embargo no se establece qué informe da cabida a esta conclusión.

El informe de conclusiones de CAITISA se encuentra marcado de generalidades y acotaciones ambiguas que no permiten develar cuál es el sustento jurídico o empírico detrás. Después de haber descrito los temas aquí señalados, el informe hace un recuento de los arbitrajes internacionales iniciados contra el Estado ecuatoriano que incluye no solo el resultado de cada uno de ellos sino también los costos en los que se ha incurrido por

¹⁸⁴ Entendemos que los Comisionados se refieren a la participación de Ecuador dentro del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para la aprobación de la Resolución A/HRC/26/L.22.

¹⁸⁵ *Ibid.*

concepto de abogados¹⁸⁶, la nacionalidad de los árbitros¹⁸⁷, sus filiaciones académico-profesionales¹⁸⁸ y los estándares de protección invocados dentro de los procesos arbitrales. Todo esto se encuentra encaminado a la crítica del sistema internacional de protección de inversiones -que no es tema de este trabajo de titulación- y que sirve como antecedente para que CAITISA legitime las recomendaciones finales que analizaremos a continuación.

3.3 Las recomendaciones finales de CAITISA

La Comisión ha recomendado al Estado ecuatoriano denunciar los TBI.¹⁸⁹ Es interesante remarcar que el informe inicia acotando que “el proceso de denuncia está contemplado en cada uno de los Tratados lo cual hace que este acto sea jurídicamente válido y legítimo. La denuncia debería realizarse de acuerdo con las disposiciones estipuladas para ello en cada Tratado”¹⁹⁰. Esta recomendación -que es apenas lógica considerando los sencillos mecanismos establecidos en los TBI para su denuncia- fue del todo inobservada por el Gobierno quien inexplicablemente decidió tomar una vía atascada para su denuncia.

Después de formular esta sensata recomendación, CAITISA señala que, sin perjuicio de que basta la voluntad del Estado para la procedencia de la denuncia, recomienda generar las denuncias, entre otros,¹⁹¹ con los siguientes fundamentos:

- a) Que estos tratados resultan contradictorios con obligaciones *erga omnes* asumidas por Ecuador, como las que surgen de Tratados de derechos humanos.

¹⁸⁶ CAITISA afirma que el Estado ecuatoriano ha gastado USD 67.014.0839 por concepto de honorarios de abogados en los arbitrajes donde ha sido parte.

¹⁸⁷ Los Comisionados sostienen que de los 45 árbitros que han intervenido en los procesos arbitrales en los que el Estado ecuatoriano ha sido parte el 64% provienen de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y otros estados europeos. Los restantes (15 árbitros) provienen de América Latina.

¹⁸⁸ CAITISA afirma que el 58% de los árbitros que han actuado en casos arbitrales donde Ecuador ha sido parte pertenecen a una élite de árbitros que tienden a promover la validez del sistema arbitral y provienen de la práctica jurídica privada.

¹⁸⁹ Para efectos del presente trabajo de titulación solamente se analizarán las recomendaciones referentes a la denuncia de los TBI pues CAITISA formula otras relacionadas a la reforma del sistema de protección de inversiones, al desarrollo de acciones políticas tendientes a generar un sistema regional, la propuesta de un TBI modelo, entre otras que por su naturaleza se apartan de los objetivos de esta investigación.

¹⁹⁰ Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones: Recomendaciones.

¹⁹¹ Además de las recomendaciones descritas, CAITISA también sugirió recomendar la denuncia de los tratados por los siguientes motivos: (a) Que algunos Tratados preveían objetivos en sus preámbulos sobre desarrollo y bienestar que no fueron cumplidos, habiéndose comprobado efectos contrarios a ellos, por lo que mantener estas obligaciones significa el sostenimiento de compromisos que son ruinosos para el pueblo ecuatoriano y contrarios a los objetivos del propio Tratado; (b) Que los tribunales arbitrales que trataron las disputas contra Ecuador han ampliado de manera significativa el alcance y sentido de las cláusulas que las partes acordaron originalmente en los Tratados mucho más allá de la intención de las (sic) Estados firmantes, lo que equivale a un cambio de circunstancias que justifican la terminación de los tratados; (c) Que la decisión del Ecuador sobre la denuncia es parte de una tendencia global de los gobiernos de restringir la protección de inversiones extranjeras y asegurar el derecho soberano de los Estados a regular a favor del bien público.

- b) Que el nuevo marco constitucional de 2008 fue un hecho imprevisible al momento de celebrarse los TBI y que implican un cambio fundamental de circunstancias jurídicas.

Estas recomendaciones para sustentar la denuncia fueron acogidas por numerosos dictámenes de la Corte Constitucional¹⁹² para fundamentar la inconstitucionalidad de los TBI. Pese a la complejidad de sus aseveraciones, CAITISA no explica cómo es que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos son contradictorias con las derivadas de los TBI ni mucho menos cómo es que el marco constitucional de 2008 ha sido un hecho imprevisible que afecta la vigencia de estos instrumentos internacionales.

3.4 Sobre la incompatibilidad de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos con las obligaciones derivadas de los TBI

A continuación analizaremos¹⁹³ la supuesta incompatibilidad entre las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y las derivadas de los TBI, pues en nuestro criterio ésta ha sido la recomendación más controversial y que puede dar pie al desarrollo de un interesante debate. A efectos de encontrar algún sentido argumental a esta afirmación, trataremos de desglosar aquellos puntos problemáticos derivados de la aplicación de obligaciones internacionales en materia de inversiones y de derechos humanos para luego revisar si de hecho existe una incompatibilidad de origen, como afirma CAITISA, o si por el contrario nos hallamos frente a un problema de cómo los árbitros, los litigantes y el sistema de protección de inversiones observa a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Como hemos acotado en el primer capítulo de este trabajo de titulación, el derecho internacional de las inversiones ha sido una de las áreas del derecho internacional público con más amplio y rápido desarrollo en la historia de la humanidad¹⁹⁴. El derecho internacional de los derechos humanos, aunque a paso más lento y con complicaciones

¹⁹² Vid. Corte Constitucional del Ecuador. Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y la República Popular China. Registro Oficial Suplemento 258 del 17 de agosto de 2010. Corte Constitucional del Ecuador. Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Francia. Registro Oficial Suplemento 294 del 06 de octubre de 2010. Corte Constitucional del Ecuador. Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010.

¹⁹³ Quizás el lector se preguntará por qué habiendo otras recomendaciones a las que CAITISA llegó después de auditar los TBI suscritos por Ecuador hemos decidido únicamente enfocarnos en el estudio de la incompatibilidad de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos con aquellas emanadas de los TBI. La respuesta es relativamente sencilla, pues la recomendación referente a la terminación por haber operado un cambio fundamental de circunstancias al cambiar el marco constitucional ecuatoriano fue abordado dentro del capítulo precedente. De otro lado, las recomendaciones relacionadas con la supuesta incapacidad de los TBI para cumplir sus objetivos de desarrollo y bienestar ciudadano escapan el ámbito jurídico y se tomaría en un análisis puramente económico, político y social.

¹⁹⁴ Vid UNCTAD. *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a Seguir*. Nueva York: Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. 2008,

políticas y culturales, en la actualidad posee un desarrollo normativo jurisprudencial de una riqueza considerable y una relevancia mundial indiscutible. Como de toda interacción jurídica, de la relación entre estas dos ramas del derecho se han generado múltiples problemas, lo que no significa que exista una incompatibilidad per se entre ambas obligaciones sino una cuestión fáctica de aplicación desafinada de unas y otras.

Esta problemática se ha observado en diversas aristas, por ejemplo, en la privación de ciertas facultades inherentes a la esencia de los Estados, la falta de consideración de tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de los procesos arbitrales y la aparente indefensión en la que recaen las víctimas de vulneraciones a derechos humanos por parte de inversionistas quienes, escudados en los TBI, les privan del acceso a la justicia¹⁹⁵.

3.4.1 Breve reseña de las obligaciones derivadas de un Tratado Bilateral de Inversión

Para iniciar este estudio es fundamental revisar cuáles son las obligaciones que se derivan de un TBI y de un Tratado en materia de derechos humanos. Aunque ya nos hemos referido¹⁹⁶ a las obligaciones derivadas de los TBI, anotamos las siguientes¹⁹⁷:

- a) *Trato justo y equitativo*: Esta protección se precia de ser la más importante del catálogo de los TBI's. Aunque su definición y alcance es controversial, *lato sensu* se relaciona con que las acciones u omisiones del Estado respecto al inversionista no tengan una carga particular en razón de su calidad de inversionista¹⁹⁸. Las denegaciones de justicia, los dobles estándares regulatorios, la falta de garantías judiciales y administrativas, entre otros son ejemplos de formas de vulnerar esta garantía. A manera de ejemplo, en el TBI firmado entre Ecuador y Argentina se dispone: "Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de Inversores de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias"¹⁹⁹ y en el TBI firmado entre Ecuador y Alemania: "Cada una de las Partes Contratantes, de acuerdo con sus disposiciones legales

¹⁹⁵ Este punto será desarrollado en la sección 3.5.2 del presente capítulo. Vid. Eugenia Levine. "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation". *Berkeley Journal of International Law Volume 29 Issue 1*. (2011).

¹⁹⁶ Vid Capítulo II.

¹⁹⁷ Jaime Ramírez. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2008, p 840.

¹⁹⁸ OECD. Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. Paris: OECD Working Papers on International Investment 2004/03. 2004 pp. 2-6.

¹⁹⁹ Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la República del Ecuador y la República Argentina. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento 153 de 18 de febrero de 1994.

vigentes, permitirá dentro de su respectivo territorio, las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviéndolas en lo posible. En todo caso tratará justa y equitativamente a las inversiones de capital²⁰⁰. De igual forma, algunos Tribunales Arbitrales²⁰¹ han sostenido que esta protección cubre también aquellas “expectativas legítimas” de los inversionistas que se ven ilegítimamente mermadas o anuladas por ciertas decisiones discrecionales de los Estados. En el caso *Perenco vs Ecuador* por ejemplo, el Tribunal Arbitral sostuvo que había existido una vulneración a este estándar por cuanto el legítimo interés de la empresa de conseguir retornos se vio anulado luego que la reforma a la Ley 42-2006²⁰² por parte del Presidente Rafael Correa estableciera que el 99% de las ganancias extraordinarias por el incremento del precio del crudo de las empresas petroleras se revirtieran al Estado.

- b) *Protección y seguridad completas*: Refiere a la obligación que tienen los Gobiernos anfitriones de garantizar una protección policial básica a la propiedad extranjera.²⁰³
- c) *Trato nacional*: Se relaciona con la obligación que tienen los Estados receptores de darle a la inversión extranjera aquella protección, garantías y en general un trato propio de los inversionistas nacionales. Este estándar asegura que se trate al extranjero y a sus inversiones con igualdad respecto a los locales.²⁰⁴
- d) *Trato de nación más favorecida*: Garantiza que se trate a los inversores extranjeros y a sus inversiones de manera comparable a los inversores (o inversiones) extranjeros de terceros Estados²⁰⁵.
- e) *Restricciones a la expropiación directa e indirecta*: Asegura que el Estado no pueda expropiar ni directa ni indirectamente el patrimonio de la inversión, respetando su derecho a uso y goce de su patrimonio empresarial integral. En caso de darse una expropiación directa o indirecta el Estado se obliga a pagar una justa indemnización

²⁰⁰ Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento 175 de 21 de marzo de 1996.

²⁰¹ Sobre este punto La disposición del Tratado Constitutivo de la Carta Europea es la siguiente: Cada Parte Contratante, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado, fomentará y creará condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para los inversores de otras Partes contratantes para realizar inversiones en su territorio. Tales condiciones incluyen un compromiso de otorgar en todo momento a las inversiones de inversores de otras partes contratantes el trato justo y equitativo. Estas inversiones también gozarán de la protección y seguridad plenas y ninguna de las partes contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición. En ningún caso dichas inversiones gozarán un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones establecidas en tratados. Cada parte contratante observará cualquier obligación que ha contraído con los inversores o la inversión de un inversionista de otra parte contratante.

²⁰² Por medio de esta Ley se regularon las ganancias extraordinarias de los excedentes petroleros, a los ojos del Estado era necesario corregir las ganancias injustificada a favor de las compañías petroleras y un desequilibrio financiero en perjuicio del Estado. La aplicación de esta ley dio cabida a múltiples procesos arbitrales internacionales en materia de inversión.

²⁰³ Vid. Christoph Schreuer. “Full Protection and Security”. *Journal of International Dispute Settlement*. (2010) pp 1-17

²⁰⁴ Rudolf Dolzer. “National Treatment: New Developments”. París: Making the most of International Investment Agreements: A common Agenda. (2005).

²⁰⁵ OECD. *Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law*. París: OECD Working Papers on International Investment 2004/02. 2004, pp. 2-6.

al inversionista²⁰⁶.

- f) *Libre transferencia de fondos*: Los inversores extranjeros tienen garantizado el derecho de poder repatriar fondos relacionados con la inversión (beneficios, intereses, derechos, indemnizaciones y otras ganancias)²⁰⁷.

3.4.2 Sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos

Una vez que hemos delimitado la naturaleza de los estándares de protección comunes a los Tratados Bilaterales de Inversión, nos enfocaremos en hacer lo propio con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En general, estas obligaciones se encuentran contenidas en tratados internacionales que versan sobre derechos humanos de los cuales se desprenden tanto principios como obligaciones²⁰⁸. En relación a los principios, que rigen la aplicación e interpretación de los derechos, mencionaremos brevemente dos principales:

El principio de interdependencia de derechos

Los derechos se complementan entre sí y su vigencia es interdependiente²⁰⁹. Este principio establece la medida en que el goce de un derecho en particular o de un conjunto de derechos depende de la realización de un conjunto de otros derechos. Así por ejemplo, para ejercer plenamente el derecho a la educación, es necesario tener garantizada la libertad de expresión y para ejercer este derecho, a su vez, es necesario ejercer el derecho a la salud. Al efecto, la Conferencia de Viena establece "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí"²¹⁰. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado que:

La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro (s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependiente para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactará en el otro (s) y/o, viceversa. De tal forma que la protección del derecho a la salud no puede quedar al margen de una revisión de otros derechos condicionantes, como la alimentación y el acceso al agua²¹¹.

²⁰⁶ Peter Isakoff. "Defining the Scope of Indirect Expropriation of International Investments". *The Global Business Law Review*, Cleveland State University Vol 3:2. (2013) pp.191-195.

²⁰⁷ Carlos Riquelme. "La cláusula de libre transferencia de fondos en los tratados internacionales de inversión de Chile". *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Número 1 Volumen 3. (2015) pp 207-209

²⁰⁸ *Vid* Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículos 1,2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Artículo 2.

²⁰⁹ En este sentido, el Art. 11 numeral 6 de la Constitución establece: "6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía"

²¹⁰ Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobada en Viena el 25 de junio de 1993, párr. 5.

²¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14. Párrafo 14. e/C.12/2000/4

El principio de indivisibilidad de los derechos humanos

Una vez que se ha entendido que la interdependencia de derechos es un principio base para su interpretación y aplicación, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos²¹², postulando que como efecto de la interdependencia los derechos no pueden ser sujetos de gradación o jerarquía en su aplicación. En efecto, los Estados no pueden elegir qué derechos proteger o garantizar o establecer medidas excluyentes de protección preferente, pues "la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos"²¹³.

Ahora bien, en relación a las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos²¹⁴ encontramos las siguientes:

- a) *Obligación de respeto*: Ha sido considerada la obligación primigenia en esta materia y se relaciona con el deber que tiene el Estado de abstenerse de intervenir en el completo goce de los derechos humanos. En consecuencia, ninguno de los órganos estatales o cualquiera sea la expresión del poder público podrá vulnerar los derechos humanos. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que: "El contenido de esta obligación es el respeto a aquellas esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción del ejercicio del poder estatal"²¹⁵.
- b) *Obligación de protección*: Esta es una obligación encaminada a que los representantes del Estado: (i) prevengan las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por particulares; (ii) creen un marco jurídico y una estructura institucional que garanticen la práctica la exigencia de los derechos de las personas²¹⁶.

²¹² Luis Vázquez y Sandra Serrano. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad apuntes para su aplicación práctica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2009. Pp 153-155

²¹³ Antonio Blanc Altemir. *Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Leida: Universidad de Leida. 2001 p 31

²¹⁴ Vid. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4; Comité DESC, Observación general 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, (HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), 1990; Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), 29 de marzo de 2004.

²¹⁵ Corte IDH. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.

²¹⁶ Sandra Serrano. *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2013 pp 107-111

- c) *Obligación de garantía*: Tiene por objeto la realización y concreción material del derecho, garantizando que todos los ciudadanos puedan tener acceso²¹⁷. En consecuencia, requiere no sólo que los Estados tengan programas consistentes y direccionados a su garantía, sino que existan mecanismos judiciales para hacerlos verdaderamente exigibles en el plano interno, *prima facie*, y en el externo de manera residual.²¹⁸ Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: "el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"²¹⁹. Como parte de la obligación de garantía, encontramos dos sub-componentes que la dotan de contenido:
- a. *Obligación de adoptar medidas*: Se relaciona con la creación y adecuación normativa, administrativa.²²⁰ De igual forma tiene que ver con la obligación del Estado de actuar frente a vulneraciones de derechos humanos²²¹.
 - b. *Obligación de investigar y sancionar*: Refiere a la obligación internacional que tiene el Estado de investigar aquellas vulneraciones a los derechos humanos, sancionarlas de conformidad con el derecho interno y finalmente ejecutar dichas sanciones²²².

De una revisión a la naturaleza de ambas obligaciones estimamos que no existe una incompatibilidad directa y de origen entre las obligaciones derivadas de un TBI y las constantes en los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. Una incompatibilidad se genera cuando el cumplimiento cabal de una obligación significa,

²¹⁷ Vid. Magdalena Sepúlveda. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Amsterdam: Intersentia, 2003; Sandra Serrano. *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2013 pp. 111-117.

²¹⁸ Sobre este punto Corte IDH afirma, asimismo, que "[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una e caz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 supra nota 18). Aunque este sentido primario de la obligación de garantizar estuvo en la jurisprudencia interamericana desde el primer caso contencioso, los casos posteriores han desarrollado bastante poco sus diversas dimensiones para centrarse casi de forma unánime en los deberes de investigar, sancionar y reparar

²¹⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166

²²⁰ Eduardo Ferrer. "La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana". *Estudios Constitucionales Año 10 No2*. (2012) pp. 155-157.

²²¹ Vid. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Serie C, No 77, párr. 62.

²²² Vid Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Pelayo Möller. "El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del art. 2o de la Convención Americana sobre derechos humanos y su impacto en el orden jurídico nacional". *Influencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el orden jurídico mexicano*. obra conmemorativa del centenario de la Escuela Libre de derecho. (2012); Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 167.

ineludiblemente, el incumplimiento de otra. Ahora bien, lo que a nuestro juicio existe es el desafío de generar un estándar internacional de aplicación armónica de unas y otras pues como veremos a continuación el área de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones no es pacífico, por el contrario, se encuentra repleto de espacios conflictivos²²³.

3.4.3 Sobre los puntos conflictivos existentes entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones

Sería equivocado plantear que entre estas áreas del derecho internacional público existe una plena armonía pues aunque consideramos que es equivocado aseverar una incompatibilidad de origen entre las obligaciones derivadas de ambas materias, no es menos cierto que de su interacción se han generado diversos puntos conflictivos que a continuación detallaremos brevemente.

3.4.3.1 Primer punto conflictivo: Bloqueo procesal y falta de capacidad de comparecencia para las víctimas

Los laudos arbitrales alcanzan el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos en algunos sentidos, entre ellos: (1) determinando reglas sustantivas; (2) determinando reglas de procedimiento; (3) dirimiendo los conflictos entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos²²⁴.

Mientras, como observaremos, la jurisprudencia arbitral ha negado sistemáticamente la integración de estándares de derechos humanos, cuando se trata de definir conceptos relacionados con la propiedad privada de los inversionistas, se suelen aceptar criterios de organismos supervisores de derechos humanos. En el caso *Lauder vs República Checa*, un Tribunal Arbitral bajo reglas CNUDMI al momento de definir ciertos términos relacionados con la regulación estatal expropiatoria sostuvo:

Los TBI's generalmente no definen expropiación o nacionalización ni cualquier otro término que denote medidas similares de despojamiento forzoso de la propiedad. En consecuencia, el Tribunal tuvo que observar algunos textos de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Mellacher vs Austria* para tener una definición nítida de los diferentes tipos de expropiación: una expropiación *formal* es una medida destinada a la

²²³ Vid. European Center for Constitution and Human Rights. "Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration?". *ECCHR* (2012); Bruno Simma. "Foreign Investment Arbitration a Place for Human Rights?". *International and Comparative Law Quarterly* Vol 60. (2011); James Fry. "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity". *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol 18:77. (2007); Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista. Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión. Santiago de Chile: CEPAL. 2011; Kate Supnik. "Making Amends: Amending the ICSID Convention to Reconcile Competing Interest in International Investment Law". *Duke Law Journal* Vol. 59, No. 2. (2009) pp 343-376; Luke Peterson. Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Quebec: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. 2009.

²²⁴ Mauro Rubino. *International arbitration law and practice* describing how international arbitration law is its own body of law. New York: Kluwer Law International. 2001.

transferencia de dominio de la propiedad mientras que una *de facto* ocurre cuando el Estado despoja al propietario de sus derechos de uso, goce y disposición del bien²²⁵

En contraste con este laudo que podría establecer una cierta línea de predisposición de los tribunales arbitrales a aceptar criterios, así sean referenciales, de organismos supervisores de derechos humanos, en mayo de 2012 la Corte Europea de Derechos Humanos emitió una solicitud a un Tribunal Arbitral con sede en el CIADI dentro del proceso *Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe*²²⁶. Los ciudadanos peticionarios, que habían comparecido ante la Corte Europea de Derechos Humanos, solicitaban a los Tribunales Arbitrales de los casos referidos ingresar un *amicus curiae*²²⁷ pues el proceso arbitral tendría incidencia directa sobre la propiedad de tierras ancestrales indígenas dentro del área de Chimanimani en el sur-este de Zimbawe y su comparecencia ante el Tribunal era básica para poder defender sus derechos ancestrales a la tierra que en esos momentos se encontraba ocupada por los inversionistas con extensas plantaciones de madera.

La Corte Europea -junto con los líderes comunitarios que comparecieron-²²⁸ plantearon que bajo el derecho internacional de los derechos humanos los indígenas habitantes en tierras ancestrales tienen derecho a ser consultados respecto a su destino y que en definitiva el proceso arbitral sustanciado ante el CIADI incidiría directamente en sus derechos ancestrales²²⁹ sin que pudieran intervenir en forma alguna. El 26 de junio de 2012, sin embargo, el Tribunal Arbitral denegó la solicitud de la Corte quien dentro de su decisión estableció que el derecho internacional de los derechos humanos no tiene ninguna relevancia para la disputa²³⁰.

Esta discrecionalidad extrema y la negativa de administración de justicia frente a terceros que pudieren ser afectados por las decisiones arbitrales, sumado al pretendido desconocimiento de la normativa internacional en materia de derechos humanos genera

²²⁵ Traducción del autor, el texto original del fragmento citado es: "[BITs] generally do not define the term of expropriation and nationalization, or any of the other terms denoting similar measures of forced dispossession ('dispossession', 'taking', 'deprivation', or 'privation')." As a result, the tribunal had to look at some textbooks and the European Court of Human Rights case *Mellacher v. Austria* to derive a neat definition of the different types of expropriation: "a 'formal' expropriation is a measure aimed at a 'transfer of property', while a 'de facto' expropriation occurs when a State deprives the owner of his 'right to use, let or sell (his) property'".

²²⁶ CIADI. *Border Times Limited vs Republic of Zimbabwe*. ARB/10/25.

²²⁷ *Amicus curiae*, expresión latina que literalmente se traduce como "amigo de la corte", es una institución derivada del derecho romano utilizada principalmente en el derecho anglosajón. Su objetivo es abrir la posibilidad a terceros que no son parte de un litigio, pero que poseen un interés demostrable y justificado en la resolución de éste, a promover voluntariamente una presentación que contiene una opinión técnica mediante la cual aportan elementos que pueden resultar jurídicamente trascendentes al momento de que el juzgador resuelva sobre la materia del litigio.

²²⁸ Los líderes comunitarios asistieron considerando que las empresas inversionistas eran suizas y alemanas lo que le otorgaba jurisdicción a la Corte Europea de Derechos Humanos.

²²⁹ Sobre este punto, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas dentro de su Art. 9 expresamente reconoce que los TBI's tienen incidencia dentro de la política pública del Gobierno y por ende deben cumplir un nivel de convencionalidad a efectos de garantizar un pleno ejercicio de los derechos humanos.

²³⁰ CIADI. *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*. Procedural Order No. 2. ARB/10/15.

graves consecuencias jurídicas para los peticionarios para quienes la negativa del Tribunal Arbitral, en definitiva, agota cualquier posibilidad de conseguir justicia y una justa reparación por la afectación a sus tierras ancestrales.

3.4.3.2 Segundo punto conflictivo: Potenciar la exigibilidad de las obligaciones del Estado por medio de los TBI

Como hemos visto a lo largo de este artículo, el Estado receptor de la inversión tiene una serie de obligaciones plenamente exigibles frente a los empresarios en el marco de los TBI, sin embargo, este cúmulo de obligaciones no tienen una equivalencia en relación a los pocos límites u obligaciones para los inversores. Sobre este punto, diversos autores han sostenido que las propias obligaciones de los TBI podrían servir de base para la exigencia e imposición de estándares de protección y respeto social a los inversionistas. En este sentido, Peter Muchlinski sostiene que la protección de trato justo y equitativo²³¹ ofrecida por el Estado a los inversionistas puede interpretarse de manera que les imponga ciertos deberes, incluyendo el deber de abstenerse de mantener una conducta abusiva. Aquello puesto que cada una de estas obligaciones del Estado requiere de un nivel de cooperación y coordinación con los inversionistas a quienes se les podría interponer una suerte de obligaciones de medio a efectos de que el Estado cumpla sus obligaciones de protección derivadas de los TBI²³². Todo lo aquí indicado va de la mano con la regla general referente a que el extranjero tiene la obligación intrínseca de cumplir la normativa interna del país receptor.

Como otra manera de abordar las obligaciones de los inversores -partiendo del hecho de que los TBI no las declaran expresamente- han existido propuestas para condicionar las protecciones de los TBI's al acatamiento de diversas obligaciones comunes al derecho internacional es decir, de igual jerarquía que el derecho internacional de las inversiones²³³. Entre estas, se ha propuesto que el cumplimiento de los estándares de protección puede estar sujeto al cumplimiento de instrumentos sobre responsabilidad corporativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), así como la de manejo corporativo consonante con los estándares en materia de derechos humanos²³⁴. Esto, no obstante, sigue siendo muy problemático pues se introduce una suerte de "incumplimiento justificado" de las provisiones

²³¹ Peter Muchlinski. "Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55. (2006) pp. 567-598.

²³² *Ibid.*

²³³ Luke Peterson. *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión*. Quebec: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. 2009, p. 14.

²³⁴ *Vid.* Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. *Proyecto de modelo de acuerdo de inversión*. http://www.iisd.org/investment/model_agreement.asp (acceso: 27/03/2017).

de los TBI's sin que los propios contratantes lo hubieren aceptado y sin que exista normativa compulsoria que faculte este incumplimiento²³⁵.

Ahora bien, cuando de atacar la compatibilidad de las obligaciones de los TBI con las derivadas de los Tratados en materia de derechos humanos, los Estados han resaltado el hecho de que los TBI privan al Gobierno de sus facultades esenciales regulatorias y del propio marco de acción de la administración pública frente a los inversionistas²³⁶. Comúnmente se alude a que las cláusulas de estabilidad normativa de los TBI -aunque pudieran ser positivamente interpretadas como una seguridad mínima para el inversionista- también pueden suponer una privación absoluta de la capacidad de producción normativa como una expresión fundamental de la organización social, a favor de una inversión de capital²³⁷.

Para ilustrar de mejor manera esta problemática, proponemos el análisis del Arbitraje CIADI entre *Biwater Gauff vs Tanzania y Suez*²³⁸ donde después de la privatización de los servicios de suministro de agua potable y del servicio de saneamiento, la empresa incrementó su facturación y redujo su inversión, resultando evidente la desproporción entre el ingreso real de la empresa y el costo del contrato suscrito con el Estado. Las inversiones en el mantenimiento de las centrales de saneamiento agua y los canales de suministro fueron casi nulas, generando un deterioro continuo del servicio frente a lo cual el Estado decidió rescindir la concesión y asumió la prestación del servicio aduciendo el carácter vital del agua y la manifiesta ineptitud de la empresa en su deber de suministrarla adecuadamente. Producto de esta rescisión contractual, Biwater Gauff demandó al Estado y el laudo estableció que había existido expropiación ilegal de la inversión extranjera. El Tribunal Arbitral reconoció el accionar negligente de la empresa pero sostuvo que la rescisión y asunción del servicio de provisión de agua por parte del Estado como consecuencia de un flagrante fracaso del operador privado habían implicado una medida expropiatoria violatoria de los estándares internacionales de protección de los inversores

²³⁵ Sobre este punto, es importante resaltar el rol del Estado noruego que lejos de simplemente denunciar los TBI ha propuesto su reforma con base en los siguientes puntos: (a) reforzar el poder regulatorio del Estado; (b) legitimar el rol del Estado para controlar aspectos relacionados a los derechos de los ciudadanos; (c) incluir estándares de responsabilidad social de las corporaciones inversionistas. Quizás este primer acercamiento a la reforma de los TBI junto con una serie de directrices que la ONU ha generado para el efecto podrían contribuir al desarrollo de una "segunda generación" del derecho internacional de las inversiones donde los desbalances jurídicos existentes logren mermarse, integrando mayores obligaciones de responsabilidad corporativa y reduciendo un sistema, hasta ahora injusto con los derechos de terceros, un sistema que si no logra una reestructuración sustancial eventualmente podría degenerar en un orden caótico.

²³⁶ Vid. Procuraduría General del Estado. *Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*. Quito: Procuraduría General del Estado, 2016.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ CIADI. *Biwater Gauff vs Tanzania y Suez*. ARB/05/22.

extranjeros²³⁹. Ahora bien, el carácter controversial de este laudo se ahonda con el hecho de que dentro del proceso arbitral diversas ONG presentaron *amicus curiae* explicando las implicaciones de los derechos humanos en este caso, en el laudo final no se ponderó si existía alguna relación entre el derecho fundamental de acceso al agua potable, la rescisión del contrato y los derechos del inversor.

Frente a este escenario que grafica una cierta animadversión del sistema de protección de inversiones frente a los derechos humanos, se han generado paralelamente corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que establecen la necesidad de que los comparecientes a los procesos arbitrales tengan “las manos limpias” a efectos de poder declarar su pretensión jurídica admisible. Así, la denominada *doctrina de las manos limpias* es de larga data en el marco del derecho internacional y sostiene que el tribunal podría discrecionalmente negar tutela arbitral a aquel demandante “cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrarse”²⁴⁰. Sobre la base de ello, un tribunal podría expresamente “negar asistencia al demandante que pretenda proteger cualquier derecho que éste haya podido adquirir o conservar a causa de su conducta arbitraria”²⁴¹.

El Caso CCI No. 1110 surgió con base en el reclamo de una parte argentina que exigía el pago de las comisiones que había acordado con una empresa inglesa respecto de los contratos que eventualmente se le adjudicaran a ésta para la provisión de equipamiento para el suministro de energía eléctrica. La demandada reconoció que había celebrado el acuerdo por las conexiones políticas y las influencias en círculos comerciales e industriales que poseía el actor.²⁴² En tal caso, el árbitro designado, Gunnar Karl Lagergren sostuvo:

El acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado» y que las comisiones a pagarse se utilizarían «en su mayor parte para el pago de sobornos.» Adicionalmente, indicó que ningún tribunal –fuera arbitral o judicial– podía entender un caso de estas características, debido a que «los contratos que implican una violación grave a la moral («bonos mores») y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y, en consecuencia, tampoco pueden ser sancionados por jueces o árbitros»²⁴³.

Esta doctrina que es ampliamente aceptada a nivel de tribunales internacionales, podría ser eventualmente una de las ventanas por las cuales se pueda insertar el análisis y

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. *Diversion of Water from the Meuse* (opinión individual del Juez Hudson); *S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América*, 92 S. Ct. 1411, 1419. En esta jurisprudencia se acotó: «Patents obtained with unclean hands and contracts that are based on those patents are similarly tainted and will not be enforced»).

²⁴¹ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos *International News Service vs. The Associated Press*. 248 U.S.

²⁴² Wetter, Gilles (1994). *Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case N° 1110 (1994)*. Vol. 10, N° 4 *Arbitration International*, página 227.

²⁴³ Jean-Jacques Amaldez, Yves Derains, Dominique Hascher. *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*. Paris: ICC Publishing & Kluwer Law International. 1997.

cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de resolución internacional de controversias asociadas con las inversiones. Aquello, no solo pasa por una reforma normativa de los TBI's sino por una progresiva concientización por parte de los árbitros en relación a los estándares a ser usados y los mecanismos jurídicos para la inserción de estándares de protección de derechos humanos dentro de procesos arbitrales.

3.4.3.3 Tercer punto conflictivo: Imposibilidad de laudar y reconocer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los TBI no tienen referencias expresas a los derechos humanos y a la integración por lo que en los laudos se ha llegado a asumir que este régimen jurídico no puede ser aplicable a los procesos arbitrales²⁴⁴. Todo esto ha generado una tendencia jurisprudencial que ha ignorado la relevancia de los derechos humanos frente a la resolución de una controversia con incidencia en los mismos.

El hecho de que los Estados enuncien obligaciones en materia de derechos humanos ante Tribunales Arbitrales no es algo excepcional. Naciones Unidas ha sostenido que aquella práctica es válida en tanto que permite que se tome en cuenta un contexto legal más amplio que integre consideraciones sociales en los procesos²⁴⁵. Sobre el punto jurídico que permita el ingreso de las normas de derechos humanos dentro de la *ratio decidendi* de los tribunales arbitrales, algunos comentaristas han sostenido que el Art. 42 de la Convención CIADI²⁴⁶ posibilita que el derecho internacional de los derechos humanos sea integrado al ser considerado un ámbito del derecho internacional público, por lo que la excusa de falta de norma que faculte su aplicación sería improcedente.

Ahora bien, el caso *Biloune v Ghana* es muy interesante para analizar los puntos de intersección entre los derechos humanos y el derecho de las inversiones. En este caso, el inversor sirio Antoine Biloune –quien fue el accionista mayoritario de la empresa Marine Drive Complex Ltd.- fue arrestado por las autoridades de Ghana por treinta días sin que hubiere existido proceso penal alguno y finalmente fue deportado a Togo²⁴⁷. Así las cosas, la referida empresa junto con Antoine Biloune propusieron una demanda ante un Tribunal arbitral con base en el TBI firmado entre Zimbabue y Reino Unido. El proceso se centró en responsabilizar al Estado tanto por la violación de los derechos humanos de Biloune como por la violación al TBI que sostenía que toda disputa entre la empresa y el Gobierno debería

²⁴⁴ Cfr. *Biwater Gauff vs Tanzania y Suez*. ARB/05/22; CIADI. *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*. ARB/10/15; CIADI. *Border Times Limited vs Republic of Zimbabwe*. ARB/10/25.

²⁴⁵ (UNHCR, 2001).

²⁴⁶ El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicable.

²⁴⁷ Tribunal Arbitral Ad Hoc bajo Reglas UNCITRAL. *Biloune Marine Drive Complex v Ghana*. Award of 1989.

ser derivado a arbitraje.

En tal caso los árbitros Stephen M. Schwebel, Don Wallace, Jr., y Monroe Leigh sostuvieron que el derecho consuetudinario internacional requiere que el Estado provea a los extranjeros un estándar mínimo de tratamiento y que el derecho internacional confiere a todos los individuos sin excepción derechos humanos con carácter inviolable²⁴⁸. Sin embargo el Tribunal señaló que la existencia de estas reglas no implica que sea competente para juzgar y evaluar las vulneraciones a los derechos humanos, pues no existía sustento normativo que les permita tener esa atribución de competencia en razón de la materia. Finalmente, los árbitros indicaron que su ámbito de competencia se encuentra limitado a aquellas disputas respecto de la inversión extranjera y que por ende carece de jurisdicción para juzgar vulneraciones autónomas a los derechos humanos.

Los Estados no han sido menos entusiastas con la relación entre los derechos humanos y los arbitrajes internacionales en materia de inversión; la República Argentina, en particular, ha explotado conceptos relacionados:

- a) En el caso CIADI *CMS Gas vs Argentina*: El Estado sostuvo que la crisis económica y social del estado afectaba los derechos humanos de sus ciudadanos y que ningún TBI podía prevalecer por sobre el deber primordial e inexcusable del Estado de garantizar estos derechos²⁴⁹.
- b) En *Azurix vs. Argentina*, un caso relacionado con tratamiento de aguas residuales, el Estado elevó la discusión de la compatibilidad de los TBI's con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, sosteniendo que en un conflicto entre estos, los derechos humanos deben prevalecer puesto que el derecho común de los ciudadanos y consumidores debe estar por sobre los réditos económicos de la empresa²⁵⁰.
- c) En *Siemens vs Argentina* el Estado de nuevo sostuvo que en la situación social y económica de Argentina el reconocimiento pleno e irrestricto de la propiedad del inversor privaría de contenido a los derechos humanos y constitucionales de los ciudadanos. Frente a este argumento, el Tribunal sostuvo que el Estado no lo había desarrollado con suficiencia y que no tenía relación con los méritos del caso²⁵¹.

Sin duda existen muchos mecanismo jurídicos por los cuales se podrían integrar no solo normas sustantivas de derechos humanos sino instituciones procesales –como el *amicus*

²⁴⁸ Tribunal Arbitral Ad Hoc bajo Reglas UNCITRAL. *Biloune Marine Drive Complex v Ghana*. Award of 1989. Vid James Fry, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity". *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol 18:77. (2007) pp. 101-108.

²⁴⁹ CIADI. *CMS Gas vs Argentina*. ARB/01/08.

²⁵⁰ CIADI. *Azurix vs. Argentina*. ARB/01/12.

²⁵¹ CIADI. *Siemens vs Argentina*. ARB/02/08.

curiae, por ejemplo- comunes y ampliamente usados dentro del derecho internacional de los organismos supervisores de derechos humanos. Al no haber consenso respecto a la posibilidad de incluir expresamente dentro de los TBI's la facultad de laudare con base en esta normativa, la facultad de considerarla y de usar los mecanismos jurídicos descritos para su exigencia y aplicabilidad deriva y se mantiene como una facultad de control absoluto y discrecional por parte de los árbitros, lo que se torna en un punto conflictivo.

En conclusión y regresando a nuestro punto céntrico de análisis, el criterio de CAITISA - en cuanto sostiene que las obligaciones en materia de derechos humanos son incompatibles con las obligaciones derivadas de los TBI- es errado, pues ninguno de los elementos esenciales de una u otra obligación es incompatible originariamente. Sin embargo de esto, existen una serie de intersecciones donde confluyen estas dos áreas del derecho internacional público y que deberían armonizarse a efectos de legitimar el sistema de protección de inversiones. Con base en la diversa problemática aquí descrita, consideramos que los siguientes puntos podrían contribuir a la construcción de un orden internacional integrativo de la esfera de los derechos humanos y de la protección de la inversión permitiendo una coordinación tendiente a su mutuo desarrollo:

- a) *Redefinir el alcance de los derechos humanos en los Tratados Bilaterales de Inversión y en particular dentro de las cláusulas de solución de controversias:* La tendencia moderna y el paradigma contemporáneo en materia de TBI's requiere la integración de normas y estándares que respeten y consideren los derechos humanos²⁵², generando un balance adecuado entre el mantenimiento de una definición y protección adecuadas al inversionista y la protección de los derechos humanos que pudieren ser vulnerados. Principalmente, la protección de derechos laborales, de seguridad, de calidad y cuidado ambiental, de respeto a las tierras ancestrales, de educación, entre otras dentro de los TBI's tienen el enorme potencial de generar un nuevo espacio de exigencia y garantía de derechos humanos y, a la larga, una oportunidad excepcional para la materialización de estos derechos²⁵³. Sobre las inclusiones específicas que deberían considerarse, encontramos, entre otras las siguientes: (1) integración de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de las provisiones generales del Tratado; (2) incorporación de obligaciones específicas en materia de respeto a los derechos humanos; (3) posibilitar la interpretación de estándares de protección y en general

²⁵² Javier Perez, Myriam Gistelink y Dimma Karbala. "Sleeping Lions: International investment treaties, state-investor disputes and access to food, land and water". Oxfam Discussion Papers. (2011).

²⁵³ UNCTAD. *Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. New York: UNCTAD Investment Law Series. 2007

obligaciones derivadas de los TBI con base en jurisprudencia de derechos humanos y principios asociados con esta materia.²⁵⁴

- b) *Controlar la convencionalidad de los TBI's*: Los derechos humanos deben ser respetados por todos y los inversionistas no pueden escapar este ámbito de sujeción. Es importante remarcar que las obligaciones internacionales del Estado en esta materia son amplias y no excluyen del escrutinio convencional a ninguna faceta del ejercicio de la autoridad estatal, incluyendo la celebración de TBI's y su ejecución²⁵⁵. Siempre que una constituya el medio a través del cual el Estado despliega su autoridad debe existir un estricto control de convencionalidad, en consecuencia tanto la configuración y firma de los TBI's como su aplicación concreta debe estar sujeta a este control que garantiza la vigencia de los derechos humanos dentro del Estado. Al efecto, la Corte IDH ha sostenido que la aplicación de los acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana, por el contrario su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados²⁵⁶. En definitiva, el derecho de inversiones no puede escapar el control de convencionalidad y por consiguiente una de las grandes propuestas es precisamente integrarlo y ejercerlo activamente.
- c) *Otorgar *Ius Standi* a las víctimas de violaciones a los derechos humanos*: Quizás este componente cierra un círculo pues el reconocimiento de que terceros no parte del TBI –ciudadanos víctimas de vulneraciones a sus derechos²⁵⁷- puedan comparecer ante Tribunales Arbitrales representa una garantía procesal de enorme relevancia para la justiciabilidad de derechos humanos²⁵⁸. Particularmente, los ciudadanos podrían verse beneficiados del poderoso sistema de ejecución de laudos arbitrales bajo el régimen de la Convención de Nueva York²⁵⁹ para la

²⁵⁴ Para ahondar en este punto, recomendamos la revisión de modelo de TBI propuesto por Canadá en 2004, especialmente el Art. 11 referente a la salud, la seguridad y las medidas ambientales.

²⁵⁵ Vid. Sandra Serrano. *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2013; Felipe Media. *La Responsabilidad Internacional del Estado por actos de particulares: Análisis de la jurisprudencia interamericana*. San José: Corte IDH. Pp. 2-98.

²⁵⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*. Serie C No. 146. Párrafo 140.

²⁵⁷ Además de los casos aquí descritos donde se evidencia esta problemática, recomendamos revisar: Arbitraje Ad-Hoc bajo reglas UNCITRAL. *Methanex v. United States of America*. Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curia.

²⁵⁸ Ello, por cuanto la congestión del sistema interamericano de derechos humanos toma muchas veces fútil la posibilidad judicial de llegar a una resolución que satisfaga las necesidades reparatorias de las víctimas, mientras que el Sistema Universal es aun inexplorado y al no contar con un organismo con competencia contenciosa las decisiones de sus Comités no son vinculantes.

²⁵⁹ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 de la cual Ecuador es parte establece normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos

exigencia de los derechos humanos lo que constituye un objetivo social superior²⁶⁰.

En conclusión, consideramos que la recomendación formulada por CAITISA respecto a que uno de los fundamentos para la denuncia de los TBI debería ser la incompatibilidad de las obligaciones derivadas de estos instrumentos internacionales con aquellas de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos es errada.

Desde nuestra perspectiva no existe una incompatibilidad de origen pues el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ambas áreas del derecho internacional pueden coexistir y complementarse sin que, *ab initio*, exista una imposibilidad directa de cumplir ambas obligaciones. Sin embargo la interacción entre estas áreas del derecho a nivel internacional aún está cubierta de una incertidumbre que generalmente termina perjudicando la vigencia de los derechos humanos. Entonces, una reforma al sistema sería beneficioso para que en la práctica el derecho internacional de las inversiones sea un espacio adicional para procurar la vigencia de los derechos humanos y no se convierta en un sistema que los invisibilice.

- a. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los Estados
- b. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- c. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- d. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- e. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- f. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- g. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- h. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- i. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- j. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- k. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- l. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- m. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- n. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- o. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- p. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- q. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- r. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- s. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- t. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- u. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- v. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- w. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- x. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- y. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares
- z. Procedimiento de denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los particulares

de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales.

²⁶⁰ Vid Bruno Simma. "Foreign Investment Arbitration a Place for Human Rights?". *International and Comparative Law Quarterly* Vol 60. (2011).

CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto dentro de este trabajo de titulación y en mérito de la investigación realizada se formulan las siguientes conclusiones:

1. La Asamblea Constituyente de Montecristi desde el inicio se mostró como un poder constituyente derivado eminentemente reaccionario al orden establecido que miraba con suspicacia y estigma negativo a todo lo que le precedía y de manera especial a los diversos productos de los denominados gobiernos neoliberales, dentro de los que se hallaban los TBI.
2. Producto de ello se estableció en la Constitución el Art. 422 donde se pretende prohibir que el Estado suscriba tratados internacionales donde, como en la mayoría de los TBI, se permita que las controversias Estado-inversionista sean sustanciadas por un Tribunal Arbitral.
3. Sin embargo, la confusa y poco precisa redacción del Art. 422 no permite concretar este ánimo toda vez que:
 - a. Prohíbe la cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje obviando que de conformidad con la Ley y la Constitución los árbitros ejercen jurisdicción por lo que no pueden ser considerados como cesionarios, ergo, no cabe prohibir una cesión de jurisdicción a instancias de arbitraje internacional pues únicamente se podría ceder algo a quien titularmente no lo ejerce, lo que no ocurre con los tribunales arbitrales;
 - b. El Art. 422 dispone que se prohíbe la cesión de jurisdicción soberana “a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales de índole comercial”, no obstante, esta disposición no contempla que en los procesos arbitrales internacionales se discute la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de un Tratado Internacional del cual se derivan obligaciones concretas. Entonces, en estos procesos no se discuten, *stricto sensu*, temas comerciales ni contractuales.
 - c. Aun suponiendo que el Art. 422 de la Constitución generaría una prohibición *ab initio* o *ex ante* para que el Estado se someta a arbitrajes internacionales derivados de Tratados internacionales frente a un inversionista, considerando el contenido y alcance de la cláusula de la nación más favorecida, estimamos que un inversionista podría, de todas formas, acudir a un Tribunal Arbitral aduciendo que el estándar de protección del TBI del cual

Ecuador es parte, resulta menos favorable en términos del procedimiento de resolución de conflictos

4. Si bien desde la retórica política la denuncia de los TBI fue un tema utilizado por el Gobierno para fortalecer su postura anti-pasado y anticapitalista, en la práctica, cuando concretamente se debían denunciar estos instrumentos, la Presidencia actuó inconsecuentemente. Si bien en un inicio se denunció el Convenio CIADI, así como diversos TBI usando el mecanismo sencillo establecido en los Tratados, cuando el Gobierno se enfrentó a la denuncia de los TBI firmados con los países de mayor desarrollo relativo se decidió que, previo a accionar el proceso sencillo establecido en el tratado, se debería solicitar un dictamen a la Corte Constitucional para analizar su constitucionalidad.
5. Cuando la Corte Constitucional recibió las solicitudes por parte de la Presidencia de la República, tuvo que fundamentar, a como dé lugar, su independencia y pretendió arrogarse competencia para un control *ex post* con base en normas jurídicas y constitucionales que versaban sobre el control *ex ante* de constitucionalidad de los tratados internacionales.
6. La Corte Constitucional declaró procedente la denuncia de los TBI por cuanto en su criterio existió un cambio fundamental de circunstancias que afecta la ejecutabilidad de los TBI. Según los Jueces, este cambio en el estado de las cosas se ha dado porque el Art. 422 de la Constitución prohíbe celebrar tratados donde se ceda jurisdicción a instancias arbitraje internacional en materia de inversiones y, asimismo, toda vez que los principios rectores de las relaciones internacionales cambiaron con la promulgación de la Carta Magna de 2008.
7. Sin embargo, estas alegaciones carecen de fundamento jurídico por cuanto no se ha cumplido el estándar de esencialidad en el cambio de circunstancias conforme requieren los artículos 61 y 62 de la Convención de Viena. Además de señalar el Art. 422 de la Constitución y el supuesto cambio en los principios rectores en materia de relaciones internacionales, la Corte Constitucional no ha expuesto cómo ambos elementos suponen un cambio esencial en las circunstancias que transfiguren los hechos mismos en los que se basó el consentimiento. Entonces, considerando que la línea argumental no se ha centrado en solventar -conforme lo requiere el Art. 62 de la Convención de Viena- la esencialidad del cambio de circunstancias, éstas no pueden ser consideradas como suficientes para declarar la terminación de los TBI.

8. CAITISA ha formulado con soltura algunas recomendaciones para fundamentar la denuncia a los TBI. Dentro de ellas, los Comisionados han sostenido que existe una contradicción entre las obligaciones derivadas de los TBI y aquellas derivadas de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos es errada. Empero, desde nuestro punto de vista no existe una incompatibilidad de origen pues el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ambas áreas del derecho internacional pueden coexistir y complementarse sin que, *ab initio*, exista una imposibilidad directa de cumplir ambas obligaciones.
9. Finalmente es importante destacar que cuando este trabajo de titulación se encontraba en gran medida culminado, la Asamblea Nacional decidió sorpresivamente aprobar la denuncia de una cúmulo de Tratados que habían sido remitidos por el Ejecutivo desde el año 2010, que contaban con el dictamen de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional pero que inexplicablemente habían permanecido varados en el órgano legislativo. Esta actuación repentina lejos de clarificar el ánimo de denuncia del Estado nos deja más interrogantes puesto que coincide con el término del Gobierno del Presidente Rafael Correa y se contrapone directamente con el ánimo de apertura comercial que el Presidente electo Lenín Moreno ha expresado.
10. Es decir, la denuncia a los TBI que fue presentada como una de las grandes reformas necesarias en el 2008 solo se llegará a concretar diez años después y exactamente cuando el Gobierno que tanto los criticó está saliendo del poder. De esta forma, se le ha impuesto al siguiente Gobierno el peso de diagramar una nueva estrategia de promoción productiva y atracción a las inversiones en el país con la fase de denuncia de los TBI prácticamente terminada lo que sumado a todo el desorden procedimental que ha sido detallado en esta tesina tiñen a este proceso de una marcada demagogia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adriana Estévez. "¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración". *Revista Mexicana de Sociología* 78 (2016)
- Ahmed Correa. "Ciudadanía universal y libre movilidad: Comentarios sobre una utopía ecuatoriana". *Lassa Forum XLVII* (2016);
- Alberto Acosta. "El Buen Vivir, una oportunidad por construir". *Ecuador Debate*, 75. (2008); Gustavo Larrea. *Revolución Ciudadana*. Quito: Planeta (2011)
- Andrew Guzman. "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties". *Virginia Journal of International Law Vol 38* (1998),
- Andrew Newcombe y Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009,
- Antonio Blanc Altemir. *Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Leida: Universidad de Leida. 2001.
- Benedetto Conforti. *Diritto Internazionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, Quinta Edizione, 1999.
- Bernardo Cremades y David Cairns. "Contract and Treaty Claims and Chice of Forum in Foreign Investment Disputes". *Arbitrating Foreign Investment Procedural and Substantive Legal Aspects*. (2004)
- Bruno Simma. "Foreign Investment Arbitration a Place for Human Rights?". *International and Comparative Law Quarterly Vol 60*. (2011);
- Calvin Hamilton y Paula Rochwerger. "Trade and Investment: Foreign Direct Investment through Bilateral and Multilateral Treaties". 18 *New York International Law Review*. (2005)
- Cameron Rondo. *A Concise Economic History of the World*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Carlos Olano y Hernán Olano. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Ediciones El Profesional. 2000
- Carlos Riquelme. "La cláusula de libre transferencia de fondos en los tratados internacionales de inversión de Chile". *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, Número 1 Volumen 3*. (2015)
- Charles Brower y Stephan Schill. "The Legitimacy Crisis in International Investment Law". *University of Chicago Journal of International Law* 471 (2008)
- Charles Fenwick. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Omeba.1963.
- Christoph Schreuer. "Full Protection and Security". *Journal of International Dispute Settlement*. (2010)
- Claudia Salomón y Sandra Friedrich. "How Most Favoured Nation Clauses in Bilateral Investment Treaties Affect Arbitration". *Practical Law Arbitration*. London: Thomson Reuters
- Comisión para la Auditoria Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones. Informe final: Conclusiones
- Comisión para la Auditoria Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones. Informe final: Conclusiones.
- Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nota explicativa segunda.
- Comisión de Derecho Internacional. *Informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II, 1966, s. I.,
- Comisión de Derecho Internacional. *Informe de la Comisión a la Asamblea General*, Vol. II, 1966, s. I.,

- Cristian Courtis. El posible ciudadano extranjero. Ciudadanía y nacionalidad en Argentina. *Revista SAAP*, 9(2).
- Cristopher Dugan. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford, 2008.
- David Landes. *The Wealth and Poverty of Nations*. New York: Norton & Company Inc., 1999.
- Diego Paredes Peña. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1992-1993.
- Diego Paredes Peña. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1993-1994.
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Pelayo Möller. "El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del art. 2o de la Convención Americana sobre derechos humanos y su impacto en el orden jurídico nacional". *Influencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el orden jurídico mexicano*. obra conmemorativa del centenario de la Escuela Libre de derecho. (2012).
- Eduardo Ferrer. "La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana". *Estudios Constitucionales Año 10 No2*. (2012).
- Emmanuel Gaillard. "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims-the SGS Cases Considered". *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. (2005).
- Enrique Palazuelos y Francisco Albuquerque (coordinadores). *Estructura Económica Capitalista Internacional: El Modelo de Acumulación de Postguerra*. Madrid: Akal Universitaria, 1990.
- Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006, pp 99-105
- Eugenia Levine. "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation". *Berkeley Journal of International Law Volume 29 Issue 1* (2011)
- European Center for Constitution and Human Rights. "Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration?". *ECCHR* (2012);
- Felipe Media. *La Responsabilidad Internacional del Estado por actos de particulares: Análisis de la jurisprudencia interamericana*. San José: Corte IDH.
- Francisco Bastida, Joaquín Varela y Juan Requejo. *Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1999
- Galo Leoro Franco. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994-1995.
- German Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Editorial Mar del Plata. 1993
- Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis, 2014.
- Heinz Moeller Freile. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2000.
- Hernán Salgado. *Instituciones políticas y Constitución del Ecuador*. Quito: Idis. 1987 p 39;
- Iñigo Salvador y Mélanie Riofrío. "La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas". *Revista Ecuatoriana de Abtraje* (2009)
- Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. *Proyecto de modelo de acuerdo de inversión*. http://www.iisd.org/investment/model_agreement.asp
- Jaime Ramírez. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2008.
- James Fry. "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of

- International Law's Unity". *Duke Journal of Comparative & International Law Vol 18:77*. (2007);
- James Fry. "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity". *Duke Journal of Comparative & International Law Vol 18:77*. (2007).
- Javier Perez, Myriam Gistelinc y Dimma Karbala. "Sleeping Lions: International investment treaties, state-investor disputes and access to food, land and water". Oxfam Discussion Papers. (2011)
- Jean Kluber. *Le Droit des Gens Moderne de l'Europe*. Paris: Maze, 1874.
- Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher. *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*. Paris: ICC Publishing & Kluwer Law International. 1997.
- John H Jackson. "The General Agreement on Tariffs and Trade in United States Domestic Law". *Michigan Law Review Vol 66* (1967).
- John Jackson. *The World Trading System*. Boston: The MIT Press. 1999
- Jorge Pallares. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Leyer, 1996.
- José Ayala Lasso. *Informe a la Nación*. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1996-1997.
- José Fernández Rozas. "Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la justicia". *Revista Derecho Privado y Constitución X19/13* (2005)
- Juan Manuel Marchán "El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana". *Jurisdictio XII/14* (2011)
- Juan Medina. *Derecho Civil, Aproximación al Concepto de Persona*. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario.
- Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista. *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Santiago de Chile: CEPAL. 2011; Kate Supnik. "Making Amends: Amending the ICSID Convention to Reconcile Competing Interest in International Investment Law". *Duke Law Journal Vol. 59, No. 2*. (2009).
- Julio Barboza. "Derecho Internacional Público". Buenos Aires: Zavalia, 2001.
- Kokott, Juliane y Hoffmeister, Frank. "European Community. Yugoslavia, Cooperation Agreement", en *AJIL*; vol. 93, 1999.
- La Radio del Sur. *Presidente ecuatoriano califica de nueva forma de colonialismo a los Tratados Bilaterales de Inversión*
<https://laradiodelsur.com.ve/2014/11/29/presidente-ecuatoriano-califica-de-nueva-forma-de-colonialismo-a-los-tratados-bilaterales-de-inversion-audio/> (acceso: 02-03-2017); Paúl Mena. *Ecuador pone fin a tratados bilaterales de inversiones*. www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100915_ecuador_fin_tratados_bilaterales_inversiones.jp.shtml
- Laura García Matamorros. "Control constitucional de los tratados públicos a la luz del derecho internacional". *Revista de Estudios Socio Jurídicos*. (1999);
- Laurence Helfer. "Exiting Treaties". *Virginia Law Review Vol 91:1579*. (2005);
- Lavopa; Barreiros, & Bruno. "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties". *Journal of International Economic Law*, 16:4 (2013).
- Lea Brilmayer. "Personal Jurisdiction and Substantive Legal Relations". *California Law Review*, 74. 1986.
- Lee, Thomas. "International Law and Institutions and the American Constitution in War and Peace". *Berkeley Journal of International Law Vol. 31* (2013).
- Luis Vásquez y Sandra Serrano. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad apuntes para su aplicación práctica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2009.
- Luke Peterson. *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión*. Quebec: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. 2009

- Manuel Aragón. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999
- Manuel Diez de Velasco. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Marco Huesbe. "La Jurisdicción como Atributo de la Soberanía". *Revista de Estudios Histórico Jurídicos XVII*. (1995)
- Mauro Rubino. *International arbitration law and practice* describing how international arbitration law is its own body of law. New York: Kluwer Law International, 2001
- Magdalena Sepúlveda. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Amsterdam: Intersentia, 2003;
- Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- Modesto Saavedra. *Jurisdicción Constitución y Derecho*. México DF: Fontamara, 2007,
- Muthucumaraswamy Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Muthucumaraswamy Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- OECD. Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. Paris: OECD Working Papers on International Investment 2004/03. 2004.
- OECD. *Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law*. Paris: OECD Working Papers on International Investment 2004/02. 2004.
- Pablo J. Martín Rodríguez. *Flexibilidad y tratados internacionales*. Madrid: Editorial Technos (Grupo Anaya S.A.), 2003.
- Paúl Mena. Ecuador pone fin a tratados bilaterales de inversiones. www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100915_ecuador_fin_tratados_bilaterales_inversiones_jp.shtml.
- Paul Reuter. *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: Fondo de Cultura Económica S.A., 1999.
- Peter Isakoff. "Defining the Scope of Indirect Expropriation of International Investments". *The Global Business Law Review*, Cleveland State University Vol 3:2. (2013).
- Piero Calamandrei. *Instituciones del Nuevo Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma, 1943.
- PR Thulasidhass. "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertainning the Limits through Interpretative Principles". *Amsterdam Law Forum Vol 7*. (2015);
- Procuraduría General del Estado. *Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*. Quito: Procuraduría General del Estado, 2016
- Rafael Correa. *Conferencia en la Universidad de Montevideo*. www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/2010-03-01-CONFERENCIA-EN-LA-UNIVERSIDAD-DE-MONTEVIDEO-F.doc
- Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p 188
- Rafael Quintero López. *La Constitución de 2008: Un análisis político*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008, pp 17-37
- Redacción El Universo. Rafael Correa cuestiona Tratados Bilaterales de Inversión firmados antes de 2001. www.eluniverso.com/noticias/2015/10/03/nota/5161070/tbi-antes-2001-cuestionados.
- Robert Phillimore. *Commentaries upon International Law*. Londres: Butterworths, 1871
- Rudolf Dolzer, Christopher Schreuer. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press

- Rudolf Dolzer. "National Treatment: New Developments". Paris: Making the most of International Investment Agreements: A common Agenda. (2005)
- Samuel Puffendorf. *Classics of International Law*. Oxford: The Clarendon Press. 1934.
- Sandra Serrano. *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2013
- Sandra Serrano. *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 2013
- Sebastián López Escarcena. "La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera". *Revista Chilena de Derecho* Vol. 23 No. 1(2005)
- Tempone, Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2003.
- The Hague Academy of International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) vol. 294 La Haya: Martinus Nijhoff Publishers. 2003.
- Tony Cole. "Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law". *Michigan Journal of International Law* 33: 537 (2012).
- Tony Cole. "Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law". *Michigan Journal of International Law* 33: 537 (2012);
- Ulrich Bech. *¿Qué es la globalización?*. Barcelona: Paidós, 1998.
- UNCTAD. *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a Seguir*. Nueva York: Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. 2008,
- UNCTAD. *Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. New York: UNCTAD Investment Law Series. 2007
- Vanevelde, Kenneth. "A Brief History of International Investment Agreements". *U.C. Davis Journal of International Law & Policy* Vol 12, No. 1 (2005).
- Vanevelde, Kenneth. "A Brief History of International Investment Agreements". *U.C. Davis Journal of International Law & Policy* Vol 12, No. 1 (2005).
- Víctor Pérez Vargas. "Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda". *Revista Judicial, Costa Rica*, No 90. (2009).
- Vamvoukos Athanassios. *Termination of Treaties in International Law: the Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*. New York: Oxford University Press, 1985
- Wetter, Gilles (1994). *Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case N° 1110* (1994). Vol. 10, N° 4 Arbitration International.
- World Bank Organization. *The East Asian Miracle: Economic Growth and Public Policy*. Washington: World Bank Series, 1993
- Xavier Andrade. "Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución". *Revista de Arbitragem e Mediação*, no 20 (2009);
- Yannick Radi. "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'" *The European Journal of International Law* Vol. 18 no. 4. (2007)
- Zachary Douglas. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PLEXO NORMATIVO

Asamblea General de Naciones Unidas. *Declaración del Establecimiento de un Nuevo*

Orden Económico. A/RES/3201, 1974

Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI (1966)

Decreto Ejecutivo 1411. Quito, 16 de mayo de 2017.

Decreto Ejecutivo 1823. Registro Oficial 632 del 13 de julio de 2009

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2016.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009

Ley Orgánica de la Función Legislativa. Registro Oficial Suplemento 642 de 27 de julio de 2009.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017. Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.

Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania. Registro Oficial Suplemento 175 de 21 de marzo de 1996.

Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre la República del Ecuador y la República de El Salvador. Registro Oficial Suplemento 153 del 16 de mayo de 1994;

Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Ecuador. Decreto Ejecutivo No. 2996 de 21 de agosto de 1995.

Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos-Argentina. Ley No. 24-1

Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos-Ecuador. Decreto Ejecutivo No. 3143 de 13 de octubre de 1995.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 023-10-DTI-CC. Registro Oficial Suplemento 249 de 24 de junio de 2010

Corte Constitucional del Ecuador. *Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Francia.* Registro Oficial Suplemento 294 del 06 de octubre de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador Dictamen de Constitucionalidad del Convenio de Promoción y Protección de Inversiones con Finlandia. Registro Oficial Suplemento 258 de 17 de agosto de 2010

Corte Constitucional del Ecuador. Convenio Dictamen de Constitucionalidad del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Suecia. Registro Oficial Suplemento 294 de 6 de octubre de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. Convenio Dictamen relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y la República Popular China. Registro Oficial Suplemento 258 del 17 de agosto de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen sobre el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos. Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011;

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010

Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Suiza. Registro Oficial Suplemento 331 del 11 de noviembre de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010

JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe. Procedural Order No. 2. Caso CIADI ARB/10/15.

Biwater Gauff vs Tanzania y Suez. Caso CIADI ARB/05/22;.

Border Times Limited vs Republic of Zimbabwe. Caso CIADI ARB/10/25

Border Times Limited vs Republic of Zimbabwe.Caso CIADI ARB/10/25

Cammuzi v. Argentina Caso CIADI ARB/03/02

CMS Gas Transmission Company vs República Argentina. Caso CIADI ARB/01/08;

Gas Natural vs The Republic of Argentina Caso CIADI ARB/03/10

LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v República Argentina. Caso CIADI ARB/02/01.

LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v República Argentina. Caso CIADI ARB/02/01

Mafezzini vs Spain. Caso CIADI No. ARB/97/7

Methanex v. United States of America. Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curia.

Pan American Energy LLC vs República Argentina. Caso CIADI ARB/03/13

Sempre Energy International vs República Argentina Caso CIADI ARB/03/30

Siemens vs Argentina. Caso CIADI ARB/02/08

Suez vs The Republic of Argentina Caso CIADI No. ARB/03/19

Tribunal Arbitral Ad Hoc bajo Reglas UNCITRAL. *Biloune Marine Drive Complex v Ghana*. Award of 1989

Tribunal Arbitral Ad Hoc bajo Reglas UNCITRAL. *Biloune Marine Drive Complex v Ghana*. Award of 1989.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14. Párrafo 14. e/C.12/2000/4

Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), 29 de marzo de 2004.

Comité DESC, Observación general 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, (HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), 1990

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia del 26 de mayo de

Corte IDH. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.

- Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Corte IDH.
- Corte IDH Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Corte IDH.
- Corte IDH Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Corte IDH.
- Corte IDH Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Corte IDH.
- Corte IDH Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Corte IDH.
- Corte IDH Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Corte IDH.
- Corte IDH Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C. No. 177
- Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos *International News Service vs. The Associated Press*. 248 U.S.
- Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Diversion of Water from the Meuse (opinión individual del Juez Hudson); S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América, 92 S. Ct. 1411, 1419.
- Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobada en Viena el 25 de junio de 1993,.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia del 16 de junio de 1998 en el caso C-162/96;

COMUNICACIONES Y OFICIOS

- Presidencia de la República del Ecuador. Oficio T.4484-SGJ-09-1431. 3 de junio del 2009
- Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial 294 de 6 de octubre de 2010
- Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial 335 de 7 de diciembre de 2010
- María Augusta Calle. *Oficio No. 017-AC-M9-P* de 16 de abril de 2008. Asamblea Constituyente de Montecristi, Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana 2008
- María Augusta Calle. *Oficio No. 017-AC-M9-P* de 16 de abril de 2008. Asamblea Constituyente de Montecristi, Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana 2008
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Nota Verbal No. 4-3-10/08, de 01/02/2008; y, Nota No. 4-3-126/08, de 31/07/2008
- Presidencia de la República del Ecuador. *Oficio No. T.4766-SNJ-10-21* <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec> (acceso 10/10/2016)
- Presidencia de la República del Ecuador. Oficio T.4766-SNJ-10-21. 6 de enero de 2012