



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL
ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
“ANDRÉS F. CÓRDOVA”**

**TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS**

TEMA:

**“REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA LA ADOPCIÓN
DE TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN”**

AUTOR:

JORGE ALMEIDA

DIRECTOR DE TESIS:

JUAN PABLO MORALES

QUITO, ECUADOR

JUNIO 2015

DEDICATORIA.

Dedico esta tesis a mis padres Jorge Almeida y Sonia Estrella por el apoyo incondicional que me han sabido prestar no solo en este propósito sino en todos los objetivos y metas de mi vida.

AGRADECIMIENTOS.

Agradezco a Isabel Armijos el empuje y tesón que me supo transmitir a través de su diario cariño y apoyo en los momentos más difíciles.

De igual manera agradezco a mi Tutor Juan Pablo Morales por la dedicación y apoyo recibidos durante el proceso de elaboración de esta tesis.

Yo, Jorge Luis Almeida Estrella, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.

Firma

Yo, Juan Pablo Morales, certifico que conozco a la autor (a) del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.

Firma

Síntesis de la Tesis.

El propósito de esta tesis es dar a conocer las posibles contradicciones que expresan los Tratados Bilaterales de Inversión con nuestra constitución. Permittiéndonos tener una clara visión sobre la situación real del Ecuador ante estos instrumentos internacionales de tipo vinculante, que han sido utilizados en varias ocasiones para demandar al estado ecuatoriano por sumas que pueden significar una grave afectación a los intereses nacionales.

Para esto la investigación parte en primer lugar de un análisis histórico del surgimiento y razón de ser de estos tratados, explicitando las condiciones políticas, económicas y jurídicas que determinaron su existencia y funcionamiento, en segundo lugar la tesis ahonda en las normas constitucionales e internacionales que cimentan la validez y adopción de los tratados internacionales y de este tipo de tratados de inversión en específico.

Thesis Synthesis

The purpose of this thesis is to present the possible contradictions that express the Bilateral Investment Treaties with our constitution. Allowing us to have a clear vision of the real situation of Ecuador before these binding international instruments, which have been used repeatedly to sue the Ecuadorian State for sums that can mean heavy damage to national interests.

In order to proceed with the research the first part of the investigation is a historical analysis of the emergence and rationale of these treaties, explaining the political, economic and legal conditions that determined their existence and operations, secondly the thesis goes deep in the constitutional and international standards that cement the validity and adoption of international treaties and of such investment treaties in specific.

Subsequently, a comparative study of national legal rule and the substantive provisions of the Bilateral Investment Treaties, study that serves as a based framework for developing conclusions and recommendations that are intended as suggestions for a national positioning based around the theme of investment Treaties.

INTRODUCCIÓN.

El tema a abordarse en esta investigación corresponde doctrinariamente al Derecho Internacional Público, al igual que al Derecho Constitucional y es un tema de mucha actualidad en el contexto actual del país, sobre todo si tomamos en cuenta las sentencias recientes de casos vinculados con arbitrajes y demandas internacionales, como los casos Chevron-Texaco u Occidental Petroleum.

Si miramos los casos señalados previamente, hallaremos que las dos compañías se encontraban protegidas en base a un tratado bilateral de inversión, comúnmente conocidos como TBI¹. La adopción y celebración de este tipo de tratado bilateral entre naciones, al igual que los tratados en general se fundamentan en normas del Derecho Internacional consagradas en instrumentos internacionales, en especial la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Pese a esto, los TBI, son tratados que mantienen incongruencias con los mandatos de la Constitución ecuatoriana, debido a las prohibiciones y principios que ésta nos plantea para la adopción, firma y ratificación de Tratados y Convenios internacionales, de ahí qué, el propósito de esta investigación sea realizar un análisis jurídico comparativo entre la norma constitucional ecuatoriana y aquellas normas contenidas en los principales instrumentos internacionales para la adopción de tratados, los textos de los TBI suscritos con los principales socios comerciales del Ecuador y la doctrina relativa a inversión, determinando la existencia o no de inconstitucionalidades en la aplicación de tratados internacionales, de los que el Ecuador forma parte.

En orden de verificar el cumplimiento del propósito explicitado con anterioridad esta investigación se ha estructurado de la siguiente manera:

- El primer capítulo de esta investigación compete al análisis descriptivo del contexto histórico en que surgen y se van modificando los TBI, análisis que abarca épocas tempranas del desarrollo de los tratados internacionales, así como el consecuente proceso de especialización que sufrirán los instrumentos internacionales y que decantara en convenios altamente específicos como los TBI cuya función es privativamente la protección de la inversión.
- A continuación en el capítulo segundo se examinan los principios y requisitos de tipo constitucional necesarios para la adopción de tratados internacionales en el Ecuador, de igual manera se realiza un examen comparativo entre la normativa constitucional comprendida en las constituciones de 1979, 1998 y 2008 y su relación con los procesos de suscripción, aprobación y ratificación de los TBI.

¹ De ahora en adelante se denominara como TBI a los tratados bilaterales de inversión.

- Por su parte en el tercer capítulo se emprende un estudio de la normativa contemplada en los TBI suscritos con los Estados Unidos y la Republica Popular China (principales socios comerciales del Ecuador) y su coherencia tanto con la norma constitucional vigente como con instrumentos de legislación nacional como el COPCI y otro tipo de instrumentos de aplicación obligatoria como el PNBV. Estudio que permite vislumbrar la existencia de contradicciones fundamentales entre los instrumentos internacionales analizados y el orden normativo nacional.
- En último lugar se realiza un ejercicio de reflexión sobre los contenidos de la investigación, mediante el cual se formulan conclusiones y recomendaciones que pretenden servir como sugerencias para enfocar la problemática de los TBI a futuro.

CAPITULO I

1. Los tratados internacionales en el Derecho Internacional.

1.1. El origen histórico de los tratados en el Derecho Internacional.

La Convención de Viena reconoce expresamente a los principios de la Carta de las Naciones Unidas como principios del derecho Internacional, la misma que fue adoptada el 26 de junio de 1945, es decir a mediados del siglo XX tras la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial.

Esto no significa de ninguna manera que las relaciones internacionales con anterioridad a la Carta de las Naciones Unidas carecían de principios jurídicos o filosóficos para su establecimiento, de hecho, muchos de los principios existentes con anterioridad a la Carta de las Naciones Unidas se mantienen hoy vigentes y se aplican en las relaciones entre las naciones, como por ejemplo el principio de buena fe en los actos internacionales

El origen histórico de los tratados internacionales como el marco en el que los pueblos determinaban el desarrollo de sus relaciones, se remonta al mundo antiguo, claramente desde que los diversos pueblos tuvieron necesidad de intercambiar sus excedentes, de delimitar sus fronteras y de hacer la paz tras la guerra, fue necesario establecer un marco normativo que obligara a las partes en disputa a someterse a lo estipulado en el acuerdo.

Como señala Monroy, tal vez el tratado más antiguo del que se tenga conocimiento es el tratado celebrado entre la ciudad-Estado de Lagash en la antigua Mesopotamia (actual Irak) y la ciudad de Umma en la misma región, tratado que se firmaría tras la guerra entre ambas ciudades y fijaba los límites de las mencionadas ciudades. (Monroy, 2002)

El quehacer internacional del mundo antiguo se caracterizó por una amplia tradición sobre la celebración de tratados entre reinos y estados, eran muy comunes tanto entre los griegos como entre los romanos, estos últimos incluso los clasificaban en dos tipos “*foedera aequa*”, o tratados que versaban sobre temas de alianza, paz, amistad y hospitalidad y los “*foedera non aequa*” que eran tratados desiguales en los que existían considerables ventajas para Roma en detrimento de las otras naciones signatarias. (Monroy, 2002)

Pese al amplio uso de tratados en el mundo antiguo es difícil hablar de un derecho de los tratados o de un derecho internacional como marco que regulaba el accionar internacional de los pueblos de la época, no existía una norma de común reconocimiento entre los diversos estados y aunque existían ciertos principios y formalidades a ser tomadas en cuenta como en el caso de los romanos con el desarrollo del *Ius Fetiale*², no podemos hablar propiamente de normas legales sino de principios religiosos que eran mayormente impuestos por los vencedores a los vencidos y cuya garantía de cumplimiento radicaba en la sacralidad de la expedición del tratado como un rito religioso que comprometía a las partes.

Esta noción religiosa de los tratados se mantuvo a lo largo del imperio romano e influyó al desarrollo de los tratados durante la edad media, la no existencia de Estados durante el periodo feudal implicó la residencia del poder soberano para la celebración de tratados de paz y guerra en el poder personal del señor feudal, así cada uno de los pequeños feudos de la Europa medieval se constituía a su vez en un pequeño Estado que podía bajo el designio personal de su señor declarar la guerra o la paz, determinar derechos comerciales y derechos de tránsito en general.

En la época medieval la única institución aceptada internacionalmente en la gran mayoría de estados feudales era la iglesia católica, sobre la cual recaía el derecho divino de nombrar reyes, mediar disputas y sacralizar mediante un juramento ante la divinidad y su representante el Papa los tratados internacionales, al respecto Monroy Cabra nos dice que :

Hasta el siglo XII la prestación del juramento era la confirmación y consumación del tratado. El juramento se sometía a la jurisdicción de la Iglesia.

² Este Derecho era según Monroy el conjunto de: “normas para la declaración de la guerra o la celebración de tratados y lo aplicaban los sacerdotes feciales”. (Monroy, 2002)

La reacción contra el papado a fines de la Edad Media trajo la cláusula contractual en los tratados en virtud de la cual los príncipes que los pactaban se obligaban bajo juramento a no apelar a la dispensa papal en sus compromisos. Esta cláusula se encuentra en el tratado entre Luis xi de Francia y Carlos el Temerario de Borgoña. En la Edad Media se celebran tratados entre Inglaterra, Francia y Dinamarca. Por regla general eran acuerdos de alianza, transferencia y cesión territorial mediante tratados de venta, sucesión y matrimonio, que reflejaban la noción feudal del derecho personal del señor sobre su territorio. Estos tratados estaban garantizados con la entrega de plazas, fortalezas, joyas y otros bienes valiosos, así como mediante rehenes. (Monroy, 2002)

Ya en el Medio Evo tardío, se comienza a pensar en un orden jurídico con bases religiosas que englobe de manera universal a cristianos, judíos y musulmanes, noción que parte del concepto de Derecho Natural de Tomas de Aquino, el mismo que se constituía en un tipo de derecho natural de validez universal que provenía directamente de la razón humana y era independiente de la creencia religiosa o cultural de la persona, se constituía en un Derecho primigenio connatural a la persona desde su existencia. Sin embargo, esta noción fue vislumbrada cuando el mundo transitaba en un Medio Evo donde la religiosidad marcaba absolutamente todos los aspectos de la vida y donde el absolutismo de un Dios único separaba el mundo entre creyentes e infieles, separando a las personas entre cristianos (*res publica christiana*) y no cristianos (*communitas omnium gentium*). Esta doctrina fue de suma utilidad para los señores medievales de la guerra, pues en base a esta noción se justificaba la agresión y la guerra contra las naciones no cristianas, al concebirse a las mismas como blasfemas y carentes de derechos, generando la idea primigenia de guerra justa por estar amparada por el deseo divino de castigar a los infieles. (Herdegen, 2005)

Otro hecho histórico de gran importancia en el desarrollo de estas teorías primigenias del Derecho Internacional, es el descubrimiento de América, pues el descubrimiento de nuevos territorios significó un problema en cuanto a la repartición del nuevo territorio descubierto, cuya conquista se legitimaba en los preceptos mencionados anteriormente de guerra justa contra los paganos e infieles.

Este problema suscitado con el descubrimiento del continente americano, fue solventado jurídicamente mediante la Bula Papal “Inter Caetera” de 1493 del entonces Papa Alejandro VI y por el tratado de Tordesillas firmado por la Corona española y el reino de Portugal en 1494, en estos instrumentos se establecía la división y reparto de los territorios del nuevo mundo a expensas de los pueblos paganos que lo poblaban, en razón del derecho universal de las naciones civilizadas (entiéndase cristianas) a guerrear contra los paganos.

Este accionar internacional en esa época se verá influenciado de gran manera por el trabajo de dos escolásticos españoles Francisco de Vitoria y Francisco Suarez, quienes desarrollan importantes aportes a las nociones primigenias del Derecho Internacional. Francisco de Vitoria, fundamenta la noción de un ordenamiento universal para los pueblos del mundo, aunque con las limitaciones propias de la época, al reconocer que:

También los pueblos aborígenes eran titulares de derechos, pero sin que fueran iguales a los de los Estados cristianos de Europa. La guerra de la conquista en contra de los pueblos aborígenes le exigió a Vitoria una justificación especial, que él encontró en la protección frente a los sacrificios humanos o el canibalismo, así como en el cumplimiento de los objetivos misionales frente a la oposición de los pueblos paganos (De Indisrecenter inventis y De iurebelli Hispanorum en barbaros, 1557). (Herdegen, 2005)

Por su parte, Francisco Suarez promulgo la noción de un derecho que si bien emanaba del derecho natural, era a su vez de características mutables, por tanto se adecuaba a los diferentes cambios y necesidades del accionar internacional, sentando la primera noción de la necesidad de separar al Derecho Internacional del dogma religioso, determinando que su validez radicaba en la costumbre internacional, en un tipo de derecho consuetudinario internacional cuya principal fuente no es otra que los tratados internacionales, tal como lo menciona Matthias Herdegen (2005) :

Colocó en el centro de su sistema de derecho internacional a la comunidad mundial de Estados y pueblos, cuyos principios legales generales, se fundaban en el derecho natural (Tractatus de legibus ac Deo legislatore, 1613). Suárez situó junto al contenido inmutable de un derecho natural primario, el mandato de un derecho natural de segundo orden, que admitía su ampliación como respuesta a las necesidades de cambio, y por tanto a las modificaciones. (Herdegen, 2005)

Este pensamiento influenciará a su vez a quien es considerado por múltiples autores como el padre del Derecho Internacional, el Holandés Grotius, quien rompiendo con el concepto de que el accionar internacional se solventaba y garantizaba por la influencia divina, determino al accionar estatal, codificado mediante los tratados internacionales, como la base real del Derecho Internacional, como apunta Herdegen (2005):

En su trabajo principal De iure belli ac pacis libri tres (1625), Grotius presenta la práctica estatal como fuente del derecho internacional, junto al derecho natural derivado de la razón humana. La voluntad de los Estados documentada en los tratados, y por tanto en el consenso de la comunidad de Estados, sería el fundamento de validez propio del derecho internacional. (Herdegen, 2005)

Este concepto determinara profundamente al Derecho Internacional, estableciéndolo como un Derecho de y para los Estados, renunciando a cualquier influencia exterior a la comunidad internacional sea esta de divina procedencia o de mundana extracción. Sin embargo, será a partir del establecimiento de los Estados-Nación como concepto jurídico político en los albores de los siglos XIX y XX, que se produce la consolidación del desarrollo del derecho como un precepto totalmente laico y una ciencia ajena a la religión, gracias al logro de la separación de la iglesia y el Estado durante la Revolución Francesa y las consecuentes revoluciones de tipo liberal que se produjeron en aquella época, tanto en Europa como en el nuevo mundo. Se vuelve entonces cada vez más necesario, determinar un conjunto de normas de amplia aceptación de la comunidad de naciones para la creación, aceptación y modificación de los tratados internacionales.

Justamente será en la Revolución Francesa cuando se incorpore por primera vez el concepto de nación, reemplazando el sometimiento al rey, a la iglesia y a los señores feudales particulares con una idea de pertenencia general a una entidad abstracta, esta idea fue propugnada en primer lugar por el abate Sieyès en las asambleas del naciente Estado revolucionario francés donde se declararía que, *“La nación existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es la ley misma. Antes de ella no hay más que el Derecho Natural.”* (Villorio Toranzo, 1980)

Este concepto determina la legitimidad necesaria para el nacimiento de los Estados modernos, los que radican su existencia soberana en el principio de soberanía del pueblo y vigencia de la nación, eliminando el concepto de Derecho divino a gobernar que ejercían clérigos y reyes y reemplazándolo por un derecho legal, amparado en principios jurídicos e ideológicos y no en dogmas de fe.

Será tan solo a partir de la consolidación del Concepto de Estado-Nación, que se puede hablar entonces de un Derecho que norme las relaciones entre estos Estados, esta visión es compartida por la investigación histórica que realiza el profesor Villorio Toranzo, quien considera al Derecho Internacional como resultado de la consolidación de los Estados Nación y lo explica en los siguientes términos:

La aparición y consolidación de los Estados-Nación irrumpió en el mundo del Derecho y fue el hecho primigenio que desencadenó el proceso histórico que culminó, no solo en la consolidación como rama del Derecho Internacional sino también en la del Derecho Constitucional. (Villorio Toranzo, 1980)

Será entonces, en este turbulento periodo de surgimiento y consolidación de los Estados-Nación que podemos ubicar de manera general desde 1789 a 1930, tras la primera guerra mundial, que surge el Derecho Internacional como ciencia del Derecho por primera vez y con él la adopción normada de tratados internacionales.

Los hechos generados tras la Revolución Francesa, la expansión del régimen democrático y liberal de gobierno, así como el acuñamiento del concepto de Estado-Nación, influenciarán a Immanuel Kant a desarrollar la teoría de la paz perpetua, tomando como principios la existencia de una comunidad de Estados normada por un tipo de legislación y ordenamiento internacional que evitaría que continúen las guerras y permita que se establezcan métodos de interacción pacífica de las naciones, con lo cual se adelantaría increíblemente a su época.

La teoría de Kant basaba su propuesta en una sociedad de Estados que permitiera evitar todas las guerras, esta sociedad a la que Kant daba características de federación se encontraba vinculada además, con el precepto de que estaría integrada por naciones de tipo republicano-constitucional, que a su consideración se encuentran siempre menos dispuestas a la guerra que las naciones totalitarias, al ser necesaria la aprobación de los ciudadanos para la participación en actos bélicos. (Herdegen, 2005)

Más allá de que se pueda demostrar en la actualidad, que las características del Estado Republicano Constitucional no determinan la vocación pacífica de las naciones, como lo ha demostrado por ejemplo las acciones de intervención e injerencia internacional que ha tenido los Estados Unidos y que la noción de que el orden republicano occidental es la forma de desarrollo estatal más avanzada, afirmación que puede ser caracterizada como altamente eurocéntrica, el mérito de Kant fue sentar con estos principios las bases del sistema moderno de relaciones internacionales, basadas en la solución pacífica de controversias, el respeto a los Derechos Humanos, que muchas veces se identifican con los principios democráticos de gobierno y la interacción de las diversas naciones, en un organismo internacional que garantice la paz y la estabilidad a nivel mundial.

Uno de los principales momentos histórico-jurídicos que evidencian la influencia del pensamiento Kantiano en el Derecho Internacional será el Congreso de Viena de 1814³, en el que realizó un aporte fundamental al Derecho Internacional, este Congreso marco la noción de que: *las relaciones internacionales deben ser reguladas, no en forma exclusivamente bilateral, sino de acuerdo a normas promulgadas por la comunidad de naciones.*” (Villorio Toranzo, 1980)

El reconocimiento de una comunidad de Estados-Nación, con igualdad de derechos para todos y cada uno de sus miembros, con las mismas capacidades y deberes, a su vez

³ Congreso internacional en el que las principales potencias europeas de la fecha se reunieron tras la derrota de Napoleón Bonaparte para restablecer las fronteras europeas al estado en que se encontraban en 1789

reguladas por una normativa internacional y ejercidos a través de un organismos internacional en el que se vieran representados, era consecuente con el momento histórico en el que las naciones europeas consolidaban sus territorios e incluso sus culturas de manera uniforme.

Pese a la influencia de la noción de Kant de una paz eterna, los Estados-Nación europeos pronto se concentraron en su expansión y fortalecimiento en detrimento de sus vecinos y de otros pueblos del planeta, lo cual determinaría que la doctrina del derecho internacional de aquellos tiempos estuviera profundamente influenciada por la imposición de los intereses mediante el uso de la fuerza, noción que fue reconocida como un derecho fundamental de cada uno de los Estados, sobre esto Herdegen menciona refiriéndose a la doctrina del siglo XIX que :

Todo Estado tiene el derecho a acudir a la fuerza como único medio de responder a las injurias que le hubieren infligido otro Estado, de la misma manera como los individuos tendrían el derecho a recurrir a ésta si no estuvieran sujetos a las leyes de la sociedad civil. Todo Estado tiene también el derecho de juzgar por sí mismo, la naturaleza y la magnitud del interés que justificaran este tipo de respuesta (H. Wheaton, Elements of International Law, 8a. ed., 1866, 290, p. 309)” (Herdegen, 2005)

Ahora bien, a lo largo de la edad moderna de la humanidad existieron varios intentos de crear una normativa internacional común, que regule la interacción y relacionamiento de las naciones en el mundo moderno a través de los tratados internacionales, será tan solo a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, que el concepto de comunidad de naciones y de la interrelación pacífica y normada de las mismas, se concrete en lo que ahora conocemos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Como apunta Herdegen (2005), con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial el Derecho Internacional clásico reconocía tan solo a los Estados como sujetos de deberes y derechos. El reconocimiento de limitaciones al poder estatal como en el caso de los Derechos Humanos o de la protección a individuos en tiempos de paz y de guerra y el reconocimiento de deberes y derechos de organismos internacionales, significó una amplia evolución de un derecho que se concentraba principalmente en los Estados como entidades políticas, hacia una visión integral de Estados entre los que se establecen un complejo entramado de relaciones culturales, económicas, políticas e ideológicas de sus ciudadanos.

Esta visión propone que el Derecho Internacional o Tratado alguno, en ningún caso puede estar en posibilidad de limitar la soberanía de un Estado, sino más bien establece los términos en que cada Estado lo acepte desde su capacidad soberana de

decisión, por tanto como apunta Mathias Herdegen el Derecho Internacional : *“regula principalmente sólo aquellas relaciones entre los Estados, que por su naturaleza soberana o que por voluntad de los Estados participantes se sustraen del derecho nacional.”* (Herdegen, 2005)

Será ya en 1969, por mandato de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU que se dispuso realizar una Convención de Estados que determinaría el ordenamiento jurídico aceptado a nivel internacional y que regiría a los tratados internacionales. Esta convención se realizó en la ciudad de Viena en mayo de 1969, con la participación de la mayoría de Estados del mundo⁴, misma en la que participo el Ecuador quien se adhirió a sus postulados, entrando en vigencia en el país mediante la publicación de su ratificación, en el Registro Oficial número 6 del 28 de abril del año 2005.

Esta sería la primera de dos conferencias posteriores realizadas en Viena, siendo en la segunda conferencia realizada en 1986, en la que se norma sobre los tratados entre Estados y organizaciones internacionales, mientras que en la tercera conferencia realizada en 1978, se establecen las normas acerca de la sucesión de Estados en materia de tratados.

1.2. Características y principios de los tratados internacionales.

1.2.1. Características de los tratados internacionales.

La amplia definición que la Convención de Viena de 1969 realiza de los Tratados Internacionales, nombrando como tratado internacional a todo acuerdo internacional celebrado entre Estados y regido por el Derecho Internacional, determina una gran amplitud sobre los temas y formas que puede adoptar un tratado.

Esto implica que el Derecho de los Tratados abarca de manera general materias tan diversas como Derechos Humanos, Comercio, Derecho del Mar y en general todo aspecto que se pueda tratar entre Estados, sin embargo y pese a esta amplitud de materias, los tratados internacionales comparten características únicas que los conforman y determinan como tratados internacionales.

De acuerdo a lo estipulado por la convención de Viena de 1969, se establece en primer lugar que un tratado es un acuerdo de voluntades entre Estados, lo cual determina necesariamente la capacidad que cada Estado tiene o posee, en virtud de su soberanía para obligarse, es decir establece que esta capacidad no es otra que la personalidad jurídica que posee un Estado, para asumir deberes y responsabilidades ante la comunidad de naciones y ante sus ciudadanos.

⁴ Según Monroy en esta conferencia: *participaron 110 Estados y se adoptó el 22 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980 y ha sido ratificada por 44 Estados.”* (Monroy, 2002)

En la actualidad la personalidad jurídica de un Estado, es su reconocimiento como sujeto del Derecho Internacional, entendido este como el conjunto de normas que regularan no solo la adquisición de personalidad jurídica de un Estado, sino su desenvolvimiento y limitaciones. Sin embargo, como apunta Para Julio Barberis (1982):

La calidad de sujeto que posee una entidad no depende de la cantidad de derechos y obligaciones de que esa entidad es titular. La designación es válida tanto para quien sólo goza de un derecho adjudicado por una norma consuetudinaria como para un Estado soberano. Por ello, del hecho de que una entidad es titular de modo directo y efectivo de un derecho o de una obligación en el orden internacional puede deducirse que dicha entidad es un sujeto de derecho de gentes. Pero, de la circunstancia de que alguien es sujeto de derecho de gentes no puede deducirse que posea capacidad para concertar un tratado. (Barberis, 1982)

Esto implicaría que aunque existan entidades reconocidas como sujetos de Derecho Internacional, no necesariamente significa que tengan la posibilidad de elevar a categoría de tratado internacional sus acuerdos, estableciéndose por tanto que la característica fundamental para un sujeto de Derecho Internacional, es su capacidad de actuar y acordar.

Lo dicho, nos plantea la existencia de varios tipos de entidades en el Derecho Internacional, por un lado están los actores, como en el caso de las Organizaciones Internacionales y la de sujetos del derecho internacional con capacidad plena de actuación, según esta definición estaríamos ante la existencia de varios tipos de personalidades, una personalidad de tipo limitada, y una personalidad absoluta y relativa. (Herdegen, 2005)

De acuerdo a Herdegen la personalidad limitada se genera en virtud de las limitaciones propias de creación o inherentes de algunos actores del derecho internacional:

Las organizaciones internacionales se encuentran limitadas en su personalidad jurídica de derecho internacional por los objetivos de la organización, delimitados en el respectivo tratado. Ellas no tienen territorio estatal ni nacional, ni tampoco ejercen los derechos soberanos asociados a éstos. Las organizaciones internacionales pueden obtener derechos y deberes de derecho internacional sólo en el marco del tratado con el cual se crean, y al cual le deben su existencia. La personalidad jurídica de derecho internacional del individuo se limita a los derechos humanos y ciertos deberes fundamentales (como la prohibición de cometer crímenes de guerra). (Herdegen, 2005)

Por otro lado la personalidad no limitada o irrestricta consiste en la capacidad de actuación plena, en la posibilidad de un sujeto de Derecho Internacional de adquirir deberes y derechos de manera plena y sin restricción, esta capacidad se aplica tan solo a los Estados, pues en concordancia con el Derecho Internacional, no existe una restricción de ámbito para los derechos y deberes de los Estados. (Herdegen, 2005).

En cuanto a la personalidad absoluta, diremos que se trata del reconocimiento que se hace de la existencia del sujeto por parte del resto de actores de la comunidad internacional, pues como apunta Herdegen:

La personalidad de derecho internacional tiene efecto básicamente respecto de todos los miembros de la comunidad internacional. En ese sentido es absoluta. En el caso de algunos sujetos de derecho internacional, la personalidad jurídica es válida, sin embargo, únicamente con fundamento en un reconocimiento especial. La existencia legal de las organizaciones internacionales como sujetos de derecho internacional no requiere del reconocimiento de los no miembros. Esa dependencia de la personalidad jurídica del reconocimiento en comparación con los no miembros, lleva a que se le designe como personalidad de derecho internacional relativa. Entre las organizaciones internacionales, sólo las Naciones Unidas gozan de personalidad absoluta de derecho internacional en la totalidad de la comunidad de Estados, debido a que casi todos los Estados son miembros de ella. (Herdegen, 2005)

De esta caracterización de los sujetos del Derecho internacional, podemos claramente inferir que respecto a los tratados, la capacidad para obligarse puede ser generada tan solo por la capacidad no limitada de los Estados, determinando que los únicos acuerdos internacionales que pueden ser elevados a la calidad de tratado son aquellos celebrados entre Estados.

Otro elemento característico de los tratados es el de la voluntad, hemos determinado como requisito esencial la capacidad de obligarse, la misma que viene otorgada por el tipo de personalidad en el Derecho Internacional, esta capacidad no implica sin embargo la disposición absoluta para comprometerse en cualquier acuerdo. Esta habilidad para comprometerse, este ejercicio soberano de compromiso que proviene de la capacidad soberana de los Estados para obligarse, recibe el nombre de voluntad, será por medio de la voluntad que el Estado o Estados que deseen obligarse a un tratado internacional con otro u otros Estados, manifiesten su deseo y se comprometan en su cumplimiento.

Ahora bien, esta manifestación no puede ser una simple enunciación de deseos o de propósitos, esta debe tener un objetivo material concreto y palpable, como establece el profesor Barberis existen dos elementos fundamentales en dicha manifestación de voluntad en primer lugar que: “el acto de voluntad de cada una de dichas Partes tiene

el mismo contenido, que quieren lo mismo. La manifestación de voluntad de los sujetos se dirige hacia el mismo objeto, coinciden en aquello que quieren.” (Barberis, 1982)

Mientras que en segundo lugar es necesario que dicha manifestación se concrete en una modificación del orden jurídico existente de los Estados así:

En principio, un acuerdo entre Partes es un tratado si éstas manifiestan su voluntad común de producir una modificación jurídica respecto de la situación existente. Esto sucede primeramente cuando en un tratado se establece una conducta determinada como prohibida, permitida u obligatoria, o sea, cuando se atribuye una obligación, o se otorga una competencia o una facultad, o se adjudica un derecho. Pero también ocurre cuando se precisa, se altera o se extingue un derecho, una obligación o una facultad. (Barberis, 1982)

Esta delimitación de lo que se considera manifestación de voluntad en el ámbito internacional, nos es útil al momento de distinguir entre los actos meramente enunciativos o expresiones de principios no tendientes a generar obligaciones que realizan los Estados y los tratados internacionales como tales, permitiéndonos determinar los actos normativos y obligatorios de los meramente enunciativos y protocolarios, de uso tan común en las relaciones internacionales.

Un claro ejemplo de cómo una Declaración de Principios a su vez se puede constituir en un tratado internacional de carácter multilateral y obligatorio, es la Declaración de los Derechos Humanos que claramente modifica la situación jurídica de los países signatarios de la misma.

Es importante también precisar que cuando se hace referencia a la modificación de la situación jurídica existente de las partes, esto no necesariamente implica la modificación de la situación jurídica de las partes entre sí, existen casos en los que se puede modificar la situación jurídica de un tercero, por ejemplo otorgándole ciertos derecho o deberes a un tercer Estado u organización internacional, como fue el caso de la constitución de la Republica del Uruguay a partir de un tratado suscrito por Argentina y Brasil.

Finalmente una tercera característica de los tratados internacionales mencionada en la definición realizada en la Convención de Viena de 1969, es que los tratados internacionales se encuentran sujetos al Derecho Internacional, lo cual significa que un acuerdo internacional para considerarse como un tratado vinculante entre Estados, debe otorgarse de acuerdo a las normas del Derecho Internacional, prohibiendo expresamente la posibilidad de concretar acuerdos que se abstraigan de la normatividad común aceptada por la comunidad de naciones. Respecto a este tema Barberis (1982) apunta que:

El único límite que los Estados tienen en esta actividad es que no pueden concertar entre sí algo contrario al jus cogens amparándose en la excusa de que se trata de un convenio no obligatorio o no regido por el derecho de gentes. El jus cogens no permite a los Estados que deroguen sus normas mediante un tratado y que pacten fuera del orden jurídico algo que es contrario a aquél. (Barberis, 1982)

1.2.2. Principios de los tratados internacionales.

Los Tratados Internacionales, en tanto se encuentran regidos por el Derecho Internacional, se hallan enmarcados en principios y normas que sostienen su validez en el reconocimiento que de los mismos hacen los países de la comunidad internacional, estos principios rigen la mecánica y funcionalidad de los diversos tratados celebrados a nivel mundial y legitiman su validez, entendiéndose que su inobservancia vicia el ejercicio, adopción y validez de los tratados.

Estos principios se conforman por la visión mayoritaria y generalizada de los principios del derecho de los diversos ordenamientos jurídicos más desarrollados de la comunidad de naciones, este señalamiento es de por sí excluyente, pues establece una diferencia entre ordenamientos jurídicos desarrollados y subdesarrollados, pero en todo caso, es la base real de los principios fundamentales del Derecho Internacional y de los Tratados Internacionales. Esta visión nos muestra que con todo el desarrollo actual, con los grandes avances en el plano internacional, el derecho internacional y por tanto los Tratados internacionales se asientan aun sobre conceptos de naciones civilizadas y poco civilizadas, distinción que se realiza de las naciones, de acuerdo a su posición ideológica o política en el concierto mundial. Sin embargo de lo anotado, Herdegen (2005) plantea que:

La vinculación a las “naciones civilizadas”, no se debe interpretar, por ejemplo, como un retorno a una perspectiva eurocéntrica. Con esto se quiere, más bien, expresar que se trata de la visión general de aquellos ordenamientos jurídicos que han alcanzado un cierto grado de desarrollo y en los cuales se reflejan los valores fundamentales de la comunidad de Estados moderna. (Herdegen, 2005)

Pese al ilustrado criterio del autor, desde mi mirada personal, considero importante destacar que esta posición asume de manera unilateral y excluyente a los valores de la modernidad (Sistema de Libre Mercado y Comercio, Estado Democrático Representativo y Liberal), como los valores fundamentales de la sociedad de naciones, lo cual redundaría en una clara visión eurocéntrica y occidental del deber ser de las

naciones, relegando al marco “incivilizado” a las naciones que por decisión soberana se enmarcan en un sistema político ideológico diferente, sin embargo la crítica, estos principios son reconocidos por la gran mayoría de Estados a nivel mundial y constituyen un tema esencial al momento de comprender la existencia y vigencia de los Tratados Internacionales y del Derecho Internacional, de ahí la importancia de su estudio.

Uno de los principios fundamentales que regulan los Tratados internacionales, es el principio “*Pacta Sunt Servanda*”, este principio recuperado del Derecho Romano, que establece que los pactos, en este caso los tratados internacionales, se generan para ser cumplidos; este principio, es el umbral sobre el que se asienta el compromiso voluntario de las partes, no solo en el Derecho Internacional sino en el Derecho en general. Por tanto, este principio se conforma en una suerte de base declarativa sobre la que se funda el sentido de que lo acordado será cumplido. En términos del profesor Pablo Rodríguez Grez (2008):

El principio enunciado –pacta sunt servanda– constituye uno de los pilares de nuestro derecho. Todo el edificio jurídico, construido sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y conscientemente. (Rodríguez Grez, 2008)

A su vez, este principio ha sido reconocido de manera referencial por la Carta de las Naciones Unidas en el numeral 3 de su preámbulo, al reconocer como obligación de los Estados y de la ONU, crear las condiciones para que se mantengan y se respeten las obligaciones emanadas de los tratados y fuentes del Derecho Internacional, lo cual implica que la noción de que un Estado se obliga para cumplir una obligación será protegida y validada por todos los Estados signatarios de la Carta de las Naciones Unidas, solventando y precautelando bajo este consentimiento lo acordado y garantizando su cumplimiento.

Lo dicho tiene importantes implicaciones, pues se plantea que el sistema actual de interacción de la comunidad de naciones a través del sistema de Naciones Unidas, se fundamenta en el principio de la coexistencia pacífica y solución pacífica de las controversias entre naciones, convirtiéndose el compromiso mundial de cumplir los acuerdos y obligaciones, en la principal garantía para el sostenimiento de la paz.

Ahora bien si los acuerdos, tratados u obligaciones deben cumplirse, por lógica deben existir situaciones que si bien se pueden considerar como excepcionales, pueden determinar el no cumplimiento de los mismos o al menos permitir su revisión. Bajo esta noción, el Derecho Internacional ha determinado como uno de los principios fundamentales de los Tratados internacionales, el principio de “*Rebus Sic Stantibus*”,

este principio permite la modificación de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo por el cambio de circunstancias que vuelvan imposible el cumplimiento de las mismas tal y como se habían estipulado.

Para comprender mejor este principio, uno de los más controvertidos del Derecho Internacional, observemos la descripción que hace de la misma la Dra. Nora Ramírez Flores (2007):

La expresión latina de la cláusula puede entenderse como “estando así las cosas” o “manteniéndose en ese estado”; dándole una interpretación más contemporánea, podemos decir que dicha expresión significa que las circunstancias se sigan manteniendo en el estado que guardaban al momento de celebrarse el contrato o tratado, de tal forma que si varían las circunstancias que al momento prevalecían, se produciría una ventaja desproporcionada para una de las partes. (Ramírez Flores, 2007)

Es decir es un principio que de manera excepcional altera aunque no modifica el principio de “*Pacta Sunt Servanda*”, cuando han variado las condiciones bajo las cuales un tratado fue concertado, decimos que altera y no modifica o excluye este principio, por que un eventual cambio de circunstancias no significa que los tratados u obligaciones no deban ser cumplidas de manera automática.

Lo dicho nos plantea que es necesaria la confluencia de varios factores para que un cambio de circunstancias permita de manera excepcional el no cumplimiento de obligaciones, esta posibilidad tiene su razón de ser en la dialéctica propia de las relaciones internacionales, Ramírez Flores (2007) desarrollando esta establece que:

La mayoría de tratados no pueden prever todos los cambios o circunstancias que afectaran el objeto de los mismos a lo largo del tiempo. En muchas ocasiones, las circunstancias que dieron origen a un tratado o que rodean el entorno y los compromisos del mismo, pueden variar en forma tan profunda, que llega a perderse el objeto por el cual fue suscrito. (Ramírez Flores, 2007)

En relación a lo que anota Ramírez Flores, el Principio de “*Pacta Sunt Servanda*” presenta dos cuestiones fundamentales a toda obligación, en primer lugar que se otorgue de buena fe, es decir donde no exista desproporción o ventaja para una parte sobre otra, ni que se busque hacer daño mediante el otorgamiento de la obligación, y en segundo lugar que la obligación pueda ser cumplida, el principio “*Pacta Sunt Servanda*” busca el cumplimiento efectivo de la obligación, misma que de ser evidentemente imposible de cumplir no constituiría obligación real.

El principio de “*Rebus Sic Stantibus*” no es entonces una excepción de cumplimiento de la obligación, sino que es propiamente una causal de terminación de un tratado, pues implica en realidad que bajo un cambio de circunstancias, el objeto del tratado queda invalidado por tanto, invalidando el objeto mismo del tratado, su razón fundamental de ser y el objetivo del acuerdo de voluntades. Sobre la extinción de los tratados la Dra. Ramírez (2007) citando a Brierly expresa que:

Lo que pone fin a un tratado es la desaparición del fundamento en que descansa; o si preferimos ponerlo en términos subjetivos, el tratado termina en razón de que de sus términos podemos inferir que las partes, por más que no lo hayan dicho expresamente, habrían preferido que el tratado caducara, si hubieran podido prever el acontecimiento que de hecho a sobrevenido. La cláusula, en suma, es una norma interpretativa que nos garantiza que habrá de darse siempre un efecto razonable al tratado, antes de que el efecto irracional que resultara de una adhesión literal a sus términos. (Ramírez Flores, 2007)

Este principio se encuentra recogido, por ejemplo en la Convención de la Habana de 1928 de la cual fue participante el Ecuador, la misma que en su artículo 15 establece que: “*Podrá igualmente declararse la caducidad de un tratado cuando este sea permanente y de aplicación no continua, siempre que las causas que le dieron origen hayan desaparecido y pudiera lógicamente deducirse que no se presentaran en lo futuro.*” (Habana, 1928)

A su vez la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contempla el principio de “*Rebus Sic Stantibus*”, determinando en su artículo 62, referente al cambio fundamental de las circunstancias, que:

- 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 tratado.*
- 2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) Si el tratado establece una frontera; o, b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.*
- 3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa*

para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado. (Convención de Viena, 1969)

La convención de Viena no solo reconoce el Principio “*Rebus Sic Stantibus*”, sino que además norma su aplicación, precautelando que su uso no pueda considerarse como un rompimiento al Principio de “*Pacta Sunt Servanda*” y contemplado a su vez, por la misma convención en su artículo 26, que el Principio “*Rebus Sic Stantibus*” tendrá vigencia siempre y cuando:

El cambio de circunstancias implique una modificación de la situación fundamental que produjo el consentimiento de los estados a obligarse, entendiéndose por esto que modifican de manera fundamental los principios mediante los cuales un estado puede actuar y comprometerse en el concierto internacional, haciendo imposible el cumplimiento de las obligaciones concertadas con anterioridad; y en segundo lugar cuando el cambio de circunstancias sea un hecho imprevisto, no consentido y prácticamente inevitable por parte de los Estados. (Convención de Viena, 1969)

Estas nociones de la cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” serán de vital importancia para el Ecuador en relación a su situación con los TBI, mismas que serán analizadas de manera más detallada en los siguientes capítulos de esta Tesis, en los que se aborda la situación de los mencionados tratados.

Otra noción de suma importancia, pese a que existe un debate más de tipo ideológico que jurídico respecto a su validez, es el principio de los Tratados iguales y desiguales, este principio desarrollado por la Doctrina Soviética del Derecho Internacional, nos plantea una visión pragmática del Derecho internacional y las relaciones internacionales, ya no como una entelequia o un esquema positivista, sino como una interrelación de poderes e intereses donde muchas veces el principio de la igualdad soberana de los pueblos es pasado por alto frente a la hegemonía de ciertos países preponderantes.

Méndez Silva (1970) citando a los juristas soviéticos Talalayev y Boyarshinov nos explica el concepto de Tratados iguales y desiguales:

El tratado igual es engendrado por el principio de la igualdad jurídica absoluta de los estados. En él se da el libre consentimiento de las partes, comprometiéndose en igualdad de circunstancias y prestaciones. Los tratados desiguales son aquellos en los que juegan elementos de fuerza o de presión y desequilibran la voluntad de las partes o que producen un efecto de explotación de un estado sobre el otro. (Mendez Silva, 1970)

Esta noción plantea la posibilidad de establecer la invalidez de Tratados Internacionales basándose en la manifiesta desigualdad entre las partes y no en el claro ejercicio de fuerza, lo dicho, según la teoría soviética consiste en que la explotación de carácter económico, y la subordinación política y diplomática de un Estado hacia otro, son claras expresiones que conforman un tratado desigual.” (Mendez Silva, 1970)

De igual manera Nicolás Freire Castello (2014), basándose en la definición de Julio Yao (2002), coincide en que la desigualdad entre Estados se ve evidenciada no solo en el uso de la fuerza por parte de un Estado hacia otro o en la inequidad de las prestaciones y compromisos, sino en la desigualdad económica, política y la dependencia que puede generar un Estado sobre otro y lo expresa de la siguiente manera:

La desigualdad de los tratados, desde la perspectiva de Julio Yao (2002; 18 de abril), no reside solamente en el radical desequilibrio de la distribución de los derechos y deberes de cada una de las Partes sino también en las condiciones desiguales y asimétricas de poder y fuerza que rodean las negociaciones y que se ejercen o proyectan en contra y en perjuicio de la parte más débil por parte del Estado más fuerte, de donde resulta que la potencia ocupante le impone sus condiciones al país ocupado. (Freire Castello, 2014)

Hablamos entonces de Tratados desiguales siempre y cuando estos tratados restrinjan la soberanía de un Estado, impidiéndole actuar de forma independiente en política y comercio exterior, de igual manera serán Tratados desiguales aquellos que tengan por objeto establecer regímenes de asistencia económica, condicionando dicha asistencia a la adhesión a una política particular. Podemos determinar la existencia de Tratados desiguales de igual manera cuando existan Tratados que pretendan interferir en asuntos domésticos de los Estados como su política económica, su organización política o militar, o aquellos que pretendan determinar la extraterritorialidad de las leyes de un país poderoso en detrimento de uno débil dentro de la jurisdicción territorial de este y en general los tratados que determinen una desigualdad en los derechos y obligaciones que otorgan preferencia a Estados poderosos por sobre Estados débiles. (Mendez Silva, 1970)

Este principio como observamos, basa su trascendencia en el libre acuerdo de voluntades, como principio básico para la legitimidad de un acuerdo, al existir presión o coacción de tipo armado, económico o político, es muy difícil hablar de que se concurre de manera libre y voluntaria a otorgar una obligación, justamente el jurista Norteamericano Cornelius F. Murphy (1970) citando a Brierly expresa que:

Tratados como estos, en los que una de las partes ha sido obligada a firmarlo, no poseen ni el menor indicio de justicia, ni un ápice de buena fe en el

cumplimiento de los mismos. Estos tratados crean una mera relación factual entre las partes y que la ley debe, mientras se hallan en vigencia, apoyar, los preceptos morales no tienen lugar en la discusión de los mismos. Reconozcamos pues sinceramente la existencia de una macula en el sistema, y admitamos que en esto, y no como cuestión moral, sino por razones de utilitarismo practico, la force prime sur le droit (Murphy, 1970)

La existencia pues de tratados de este tipo, contravienen directamente el principio de igualdad soberana de los Estados, y el principio del “*Pacta Sunt Servanda*” mostrándose como inválidos ante el Derecho Internacional, existen varios ejemplos de Tratados desiguales en el mundo, como los Tratados los impuestos a China tras la guerra del Opio o los Tratados del Japón de la era Tokugawa, sin embargo un ejemplo más práctico y concreto constituye la posición largamente esbozada por el Ecuador sobre el protocolo de Rio de Janeiro al considerarlo como un Tratado irritado, realizado bajo la coacción de la presencia de tropas peruanas en suelo nacional ecuatoriano al momento de celebrarse dicho Protocolo.

Otro principio de los tratados internacionales, relacionado con lo anteriormente expuesto, es el llamado principio de “*Ex Consensu advenit Vinculum*”, que Por tanto, según apunta Méndez Silva (1970):

Este principio sostiene al consentimiento de las partes como elemento central del derecho de los tratados. Rige no únicamente en la confección primaria del tratado, en su adopción, sino en todas y cada una de las manifestaciones y de las figuras que brinda el Derecho de los tratados. (Mendez Silva, 1970)

Por tanto, este principio expresa la noción de que un Tratado solo puede celebrarse por voluntad de las partes, es decir bajo este principio, ningún Estado podría obligar a otro a celebrar un tratado con el que no esté de acuerdo, hacerlo significaría romper con la característica fundamental de un Tratado, que es el acuerdo de voluntades, mismo que se expresa a través del consentimiento libre que hace de un tratado un Estado soberano.

Si leyéramos este principio de manera literal, podríamos creer que la única limitación sobre los Tratados que pueden adoptarse recae en la auto limitación que un Estado ejerza de su consentimiento, esto en el Derecho internacional moderno no es cierto y menos aún sería lógico, pues la interrelación moderna de la comunidad de naciones a través de la ONU, y los preceptos ampliamente aceptados del Derecho internacional, se sitúan como la normativa fundamental en el ámbito de los tratados y por tanto limitan y reglan su realización, para Méndez Silva existen algunas limitaciones al consentimiento de los tratados aceptados a nivel mundial:

a) *Tratados que contienen obligaciones inmorales, [...] b) limitaciones impuestas en algunos tratados respecto a la conclusión de cierto tipo de acuerdos, [...]c) No pueden celebrarse tampoco tratados que vayan en contra del Derecho Internacional Universal, [...] d) el consentimiento por sí solo no perfecciona tampoco a un tratado cuando este se encuentra en oposición a un tratado anterior celebrado entre otros Estados.* (Mendez Silva, 1970)

2. Los TBI.

La inversión extranjera, es uno de los múltiples campos en los que se desenvuelve el Derecho Internacional, justamente este campo se ha convertido en uno de los más campos más especializados en la normativa jurídica internacional, pero a la vez más utilizados por las naciones para su relacionamiento alrededor del mundo.

La promoción y protección de inversiones se encuentra mayoritariamente regulada por una vasta red de diversos TBI, mismos que constituyen el principal marco legal que gobierna a la inversión extranjera entre los países signatarios.

Los TBI suscritos entre naciones en el mundo difieren en varios aspectos, pero son a su vez son profundamente similares sobre todo en aquello que se refiere a los estándares de promoción y protección de la inversión, basados en mecanismos de arbitraje internacional entre inversores y Estados, los mismos que permiten generalmente a los inversores aplicar estos estándares a los Estados receptores.

Esta vasta red de TBI, tuvo un momento de auge y proliferación sobre todo en la década de los 90, producto de un proceso histórico y jurídico de desarrollo del neoliberalismo, la liberación del comercio y promoción de la inversión extranjera a nivel mundial, este proceso que permite a los Estados y a los particulares relacionarse a través de flujos de dinero, capital y activos, se ha convertido en un tema de vital importancia para las naciones, especialmente para los países del tercer mundo que necesitan de la inversión extranjera para solventar y mejorar sus modelos de desarrollo; al respecto el profesor Sornarajah (2010) define a la inversión extranjera como la actividad que: “*consiste en la transferencia de activos tangibles e intangibles de un país a otro con el propósito de su uso en ese país para generar riqueza bajo el control total o parcial de el propietario de los activos.*”⁵ (Sornarajah, 2010)

Bajo esta definición podemos concluir entonces que la inversión extranjera es el proceso mediante el cual los activos pertenecientes a una empresa sean estos tangibles o intangibles, son transferidos de su sede en un país a otro donde busca emprender un negocio o actividad que produzca ganancias, manteniendo control parcial o total de los

⁵ Traducción Propia. (de aquí en adelante se entenderá que toda traducción de textos en inglés es traducción propia del autor de esta tesis).

mismos, esta inversión, por el tipo de activo transferido puede reconocerse como inversión extranjera directa o inversión extranjera de cartera o “*portfolio investment*” como se la conoce en inglés, este tipo de inversión se caracteriza básicamente por un movimiento de dinero con el propósito de adquirir acciones en una compañía formada o que funciona en un país diferente al del origen del dinero.

Esta diferenciación se vuelve importante en tanto y en cuanto la costumbre internacional sobre la protección de las inversiones considera a la inversión de cartera como una inversión que no está sujeta a las protecciones que la ley internacional proyecta para la inversión extranjera directa, básicamente se acepta que el inversor que realiza una inversión de cartera, asume por sí mismo los riesgos que puedan provenir de dicha inversión, impidiéndole demandar a los Estados anfitriones por cualquier lesión que procediera de los riesgos propios de la inversión realizada.

Esta diferenciación entre inversiones se produce en razón de que, con la inversión extranjera directa el inversionista está sacando de manera concreta y verificable de su país recursos que podrían utilizarse al interior del mismo y en su beneficio económico (Sornarajah, 2010), mientras que por otro lado la compra de acciones se desarrolla de manera virtual en cualquier bolsa de valores a nivel del mundo y no permite reconocer realmente los enlaces de la operación con algún país de origen, mucho menos ahora con un mercado de valores totalmente transnacionalizado.

Por otro lado, la inversión extranjera directa solo es posible bajo el consentimiento del Estado al que se transfieren los bienes y activos, generando un vínculo directo entre el Estado de origen, el inversionista y el Estado sede, este vínculo generalmente se ve reforzado por la protección y promoción garantizada a la inversión extranjera a través del Tratado Bilateral de Inversión, que en teoría antecede y fomenta la inversión extranjera.

2.1. Origen histórico de los TBI.

Antes del siglo XX la inversión extranjera en general en el mundo, se desarrollaba a través del Derecho Diplomático o en general de las normas diplomáticas reconocidas entre los Estados, como apuntan Newcombe y Paradell (2009) en esta época la protección a las inversiones extranjeras se realizaban:

A través de los procesos relacionados de protección y de las comisiones de reclamaciones diplomáticas. A finales del siglo XIX y principios del XX, cuando la economía mundial se volvió cada vez más internacionalizada, los límites del modelo de la protección diplomática se hicieron evidentes, especialmente cuando surgieron controversias entre Estados exportadores de capital y Estados importadores en relación con el estándar mínimo del derecho

internacional consuetudinario del tratamiento que debe darse a los inversores y las inversiones extranjeras. (Newcombe & Paradell, 2009)

En la antigüedad, los extranjeros no gozaban de derechos fuera de sus países o ciudades-estado, claros ejemplos de ello se presentan en Grecia, pues dentro de la organización social de las “*Polis*” griegas se diferenciaba claramente a los ciudadanos como nacionales de la Ciudad-Estado de los metecos o extranjeros y de los enemigos o barbaros (Carrillo, 1983), estos metecos carecían de derechos y se les permitía vivir y comerciar tan solo bajo la protección de los legítimos ciudadanos de la “*Polis*” griega en la que se encontraran.

De igual manera los romanos desarrollan un concepto diferenciado entre nacionales y extranjeros, determinando dos estatus el de ciudadano y el de no ciudadano, dentro de este último se clasificara en latinos, peregrinos y barbaros, a medida que el imperio crecía, se volvió necesario ampliar la categoría de ciudadanos, incorporando a los pueblos latinos dentro del paraguas de derechos y obligaciones que significaba la ciudadanía romana, esta incorporación se generó mediante la expedición de leyes específicas que sumaron a los pueblos del Lacio (“*Latinii veteres*” y “*Latini Juniani*”) y a los pueblos de las colonias romanas (*los*” *Latini Coloniarii*”)al estatus de ciudadanos romanos. (Carrillo, 1983)

Sin embargo, existían personas que jamás podrían acceder a la ciudadanía romana, con las cuales la Republica primero y posteriormente el Imperio comerciaban y mantenían relaciones diplomáticas ampliamente, estos eran los llamados peregrinos, quienes al carecer de derechos ciudadanos se veían imposibilitados de protegerse por el “*Ius Civile*”, lo que significó que el estado romano determinara la creación de un Pretor que se encargara de velar por sus derechos y protección, este Pretor se denominó “*Pretor Peregrini*”, al respecto Carrillo (1983) menciona que: “*El conjunto de decisiones, laudos, sentencias, etc., que a lo largo de los años fue dictando , constituyo lo que se conoce con el nombre de Ius Gentium, derecho de gentes o derecho de los pueblos.*” (Carrillo, 1983)

Será en base al “*Ius Gentium*” que el comercio y en general las actividades económicas entre extranjeros y ciudadanos, fueron garantizadas y protegidas mientras duro el Imperio Romano.

Ya en la Edad Media, con la desaparición del Imperio Romano, las cosas cambiarían, la multiplicidad de reinos y feudos con características comunes y la necesidad de transporte y comercio, determinarían que se regule y proteja las actividades de los extranjeros, un paso importante será el que por primera vez se determine que el daño a un nacional de un Estado o feudo, significaría una agresión o daño al Estado en sí, sobre el tema, Newcombe Y Paradell (2009), explican claramente este supuesto:

El ejercicio de la protección diplomática se puede remontar a la Edad Media, La teoría de la protección diplomática se basa en que una lesión la nacional de un estado es una lesión en el estado sí mismo, para lo cual podrá reclamar la reparación de cualquier Estado responsable través del ejercicio de la protección diplomática, el estado natal hace una reclamación contra el estado anfitrión de una lesión al nacional del Estado de origen. (Newcombe & Paradell, 2009)

En orden de garantizar la protección a sus nacionales, los Estados comienzan a desarrollar medidas alternativas al simple uso de la fuerza, a través de estas medidas las controversias se podían solucionar de manera que permitieran continuar el comercio entre naciones que alguna vez fueron enemigas o tras periodos de conflicto. En esta época una de las principales potencias en desarrollo la Gran Bretaña, fue la primera en reconocer el beneficio que una solución de controversias por vía pacífica, podía significar para el comercio, principal sustento de su nación, esta práctica se expresa con claridad en el “Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Gran Bretaña y Estados Unidos⁶.”

Este proceso de evolución de la protección diplomática a los extranjeros, sobre todo de la protección diplomática mediante el uso de la fuerza, fue muy importante los años posteriores a la década del 1700, en razón del amplio desarrollo que se generó en el comercio mundial que abarcaba las naciones colonizadas de América, África y Asia; es en este proceso que los estados feudales de Europa, se irían transformando en grandes emporios comerciales, por lo que requerían y necesitaban un marco regulatorio que permitiera el libre movimiento del comercio y las inversiones a través de las fronteras de los diversos Estados y naciones.

Alrededor de los siglos XVIII y XIX la inversión se desarrollaba al interior del paradigma de las potencias coloniales de la época, en una relación directa entre la metrópolis y la colonia de ultramar, lo cual significaba que ese tipo de inversiones no necesitaban más protección que aquellas que les otorgaba el sistema imperial, al estar integradas directamente en la relación entre matriz y colonia (Sornarajah, 2010), es decir que las inversiones provenientes de la metrópolis imperial se veía respaldada por la ley y la fuerza de dicha potencia, como si se tratara de su propio territorio, pues no existía una diferencia en cuanto a la soberanía del territorio colonial que dependía directamente de la potencia imperial.

Para todas aquellas naciones que a la época que no se encontraban sujetos al régimen colonial directo las potencias imperiales determinaban la protección de sus inversiones

⁶ *Tratado que, entre otras cosas, estableció una comisión para decidir sobre reclamaciones en relación con el tratamiento de los ciudadanos británicos y estadounidenses Durante y después de la revolución americana. (Newcombe & Paradell, 2009)*

mediante un uso combinado de tratados desiguales y de fuerza militar, pues como señalan Newcombe y Paradell (2009) es a través del ejercicio de la:

Jurisdicción extraterritorial, que permitió a las potencias extranjeras aplicar sus leyes a sus nacionales en Estados extranjeros, la que fue ejercida bajo tratados. En algunos casos, estos regímenes se impusieron por la fuerza a través de los tratados de capitulación. La jurisdicción extraterritorial de una forma u otra existía en China, Japón, Tailandia, Irán, Egipto, Marruecos, Turquía y otras partes del Imperio Otomano, la existencia de regímenes extraterritoriales en Asia y el Lejano Oriente, pero no en América Latina, explica por qué los estados de América Latina son la fuente de casi toda la jurisprudencia temprana y casos sobre la protección diplomática. (Newcombe & Paradell, 2009)

Con los procesos de independencia de las colonias Sudamericanas en los años 1800 y su consecuente apertura al comercio mundial tras la liberación del monopolio comercial que ejercía España sobre las mismas, las principales potencias comerciales de la época comenzaron a definir e implementar métodos para insertarse en dicho mercado prácticamente nuevo y proteger sus inversiones, esto llevó a que en los albores de 1900 los principales abogados internacionalistas de las potencias comerciales de la época (principalmente Europa y los Estados Unidos) establecieran un estándar mínimo consensuado para el tratamiento de los extranjeros y desarrollarán un potencial cuerpo de ley internacional, basado en los diversos tratados comerciales existentes a la época, que determinaba la responsabilidad de los Estados en su tratamiento a los extranjeros. (Newcombe & Paradell, 2009), este acuerdo entre las principales potencias comerciales de la época, significaba la consideración de que sus ciudadanos debían tener el mismo tratamiento en el extranjero, que el que recibían en su país de origen, interponiendo mediante este acuerdo unilateral de las potencias, un tratamiento preferente a sus ciudadanos frente a las leyes soberanas de otros Estados, al respecto Newcombe y Paradell (2009) mencionan que:

Las grandes potencias y los estados exportadores de capital, incluyendo los EE.UU. y el Reino Unido, tomaron la posición de que los extranjeros y su propiedad tenían derecho, en virtud del derecho internacional consuetudinario, a un nivel mínimo de tratamiento. Este estándar mínimo era esencialmente similar a las normas de la justicia y el tratamiento aceptado por "estados civilizados", incluidos los estados europeos y los EE.UU." (Newcombe & Paradell, 2009)

Esta política imperialista generará una profunda reacción en los países de América Latina quienes en su disputa por la defensa de los intereses soberanos de sus Estados, frente a la rapacidad de las potencias exportadoras de capital, generan la Doctrina

Jurídica Calvo⁷, que se fundamentó en el principio de soberanía de los Estados, estableciendo que el accionar e intereses foráneos deben someterse a leyes nacionales:

En opinión de Calvo, la igualdad del estado requiere que no haya intervención, diplomática o de otro tipo, en los asuntos internos de otros Estados, y que los extranjeros no tienen derecho a un mejor tratamiento que los nacionales del Estado de acogida. La Doctrina Calvo tiene tres elementos distintivos: los extranjeros no tienen derecho a un mejor tratamiento que los nacionales del Estado de acogida; los derechos de los extranjeros se rigen la ley estatal del país de acogida; y los tribunales estatales de acogida tienen jurisdicción exclusiva sobre las disputas involucrando nacionales y extranjeros. Los dos pilares de la Doctrina Calvo son la absoluta la igualdad de los extranjeros con los nacionales y el principio de no intervención. (Newcombe & Paradell, 2009)

Esta disputa doctrinaria se agudizó tras un hecho histórico que marcaría profundamente a la época moderna, la Revolución Rusa de octubre de 1917, misma que cambiaría las condiciones de relación del imperialismo con sus colonias y con los centros periféricos del mercado mundial capitalista, así como cambiaría las visiones de soberanía, autodeterminación y función social de la propiedad, las cuales marcarán el curso de los acontecimientos en un largo período de la historia del mundo, que abarcó el periodo post colonial hasta la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en los años 80, al respecto Sornarajah (2010) anota:

La Revolución rusa y la propagación del comunismo en Europa, llevo a la expropiación de propiedades extranjeras justificada en base de la filosofía económica. Esto inicio un debate entre los abogados internacionalistas sobre cuáles deberían ser los estándares aceptados para que ese tipo de interferencia con la propiedad extranjera fuera aceptable en términos de la legislación internacional. (Sornarajah, 2010)

A la vez, la Segunda Guerra Mundial y los procesos de descolonización del continente africano y del continente asiático, marcados por el surgimiento de recientes naciones a partir de procesos de liberación muchas veces violento e imbuidos de un profundo nacionalismo y de la necesidad de romper su dependencia de las metrópolis coloniales, les llevo a luchar por poner fin a la dominación económica de sus antiguos Estados y a buscar un nuevo orden mundial en el cual pudiesen integrarse y acceder de mejor manera a los beneficios del desarrollo, mediante un orden propio de su economías. (Sornarajah, 2010)

⁷ Esta doctrina tiene el nombre de doctrina Calvo en honor a su proponente.

Estos movimientos enmarcados en el socialismo y el nacionalismo, representaban un profundo riesgo para los intereses de las potencias comerciales y exportadoras de capital, que veían con temor la posible nacionalización de sus bienes y capitales por parte de los estados emergentes, no es de sorprenderse entonces que en el marco de los procesos de liberación nacional que se extendían por el mundo, las potencias internacionales respondieran mediante el ejercicio de medidas de coacción legales a través de diversas demandas internacionales contra los Estados que se atrevieran a nacionalizar sus recursos, no es motivo de sorpresa el constatar justamente la creación de un nuevo organismo internacional para la solución de controversias relativas a inversiones, que nacería justamente en aquellos tumultuosos años, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que ve la luz en el año de 1966.

Un ejemplo claro del uso de los mecanismos legales por parte de las corporaciones multinacionales para evitar la nacionalización de sus intereses, y que se convertiría en un precedente para la posibilidad de que las compañías privadas puedan demandar a los Estados, lo encontramos en el caso Texaco contra Libia, es este caso el árbitro, el Dr. Rene Jean Dupuy: *“determino la posibilidad legal de que los contratos se pueden conectar con el orden jurídico internacional a partir de opciones de claro corte interpretativo por sobre jurisprudencia de más de medio siglo.”* (Cantegreil, 2011)

El Doctor Dupuy baso su dictamen para la internacionalización de los contratos en tres criterios, bastante controversiales, el primero fue determinar que la referencia que el contrato realiza a los principios generales del Derecho como parte de la ley que rige a las controversias, significaba el traspaso de la controversia contractual del ámbito nacional al internacional; el segundo criterio que Dupuy establece, es utilizar la cláusula que determina la posibilidad de solucionar las controversias mediante arbitraje como base para someter la disputa a los parámetros de la legislación internacional, permitiendo a los tribunales determinar su competencia por el simple hecho de su creación; finalmente en el tercer criterio Dupuy considero que al ser el contrato un contrato que puede integrarse en la categoría de acuerdo para el desarrollo económico, basándose las cláusulas de estabilidad de los contratos de concesión firmados entre Libia y Texaco, este contrato por lo tanto, adquiriría el rango de acuerdo internacional y debían solventarse sus controversias en el ámbito internacional. (Cantegreil, 2011)

Con esta posibilidad de internacionalización de la disputa el árbitro se otorgó a si mismo competencia, obligando a Libia a participar en un arbitraje internacional, con el que esta Nación nunca estuvo de acuerdo y en el que de hecho no participo ni envió representantes, obteniendo un laudo totalmente favorable a los intereses de Texaco, en detrimento del ejercicio de la soberanía Libia.

Dupuy simplemente había decidido que la Ley Libia no excluía de ninguna manera a la legislación internacional, permitiendo anular la soberanía reglamentaria del país,

vinculando a la Ley Libia como parte de la legislación internacional. Este hecho paradigmático tiene su pre cuela en el Laudo de Sapphire International Petroleum Ltd contra Irán, en el que los árbitros manifestaron la utilización de los principios generales de la ley como la ley aplicable a la disputa, desconociendo la ley soberana de Irán en razón de “*los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*” (Cantegreil, 2011), reflejando una actitud claramente imperial e incluso racista, pues excluyen en su análisis el principio soberano y derecho de cada nación a dotarse de su propio sistema jurídico y legal.

Frente a la estrategia de las Multinacionales de internacionalizar los conflictos, y la necesidad de las naciones emergentes de recuperar sus recursos naturales y ejercer su soberanía, se desarrollará una doctrina para enfrentar a las fuerzas del capitalismo transnacional, la Doctrina de la soberanía permanente sobre los recursos naturales.⁸

Esta doctrina generada desde los países en vías de desarrollo, mayoritariamente importadores de capital y frecuentemente susceptibles a la imposición de condiciones por parte de los grandes países exportadores de capital y sus multinacionales, permitió la creación de un marco jurídico favorable y progresivo que admitiera consideraciones a favor de los países menos favorecidos en capital, pero poseedores de recursos naturales y materia prima.

Estos países utilizarían su fuerza numérica en Naciones Unidas para establecer las consideraciones de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, como un fundamento de Derecho Internacional ampliamente aceptado por la sociedad de naciones:

En 1962, la Asamblea General aprobó la Resolución 1803, que declara que el "derecho de los pueblos y las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar de la gente de la Estado de que se trate. La Resolución reiteró que la admisión de la inversión extranjera está sujeta a la autorización, restricción o prohibición del estado. Una vez admitido, sin embargo, la inversión extranjera debía ser tratada de acuerdo con la legislación nacional e internacional. (Newcombe & Paradell, 2009)

Otro instrumento fundamental que influyó la relación entre países inversionista y países necesitados de inversión y a su vez a los TBI firmados por estos, es la Carta de Naciones Unidas sobre Deberes y Derechos Económicos de los Estados, que recogió los diferentes esfuerzos de los países en vías de desarrollo para contar con instrumentos

⁸ La doctrina de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, apareció mediante las resoluciones 525, 626 de 1952 y sobre todo la resolución 1803 de 1962 de las Naciones Unidas, donde se expresa la noción de nacionalización y sus requisitos, los montos necesarios para su indemnización, el concepto de utilidad pública, interés nacional entre otros.

internacionales más favorables, al respecto Newcombe y Paradell (2009) manifiestan que:

Culminó en una serie de resoluciones de la Asamblea General, incluida la Declaración de 1974 sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI Declaration) y la Carta de 1974 de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. La Declaración NOEI afirma que el sistema económico internacional, incluyendo el neocolonialismo y la distribución desigual de los ingresos, son los obstáculos a los Estados en desarrollo. Al tiempo que reafirma el principio de la soberanía permanente sobre los recursos y las actividades económicas, que establece los principios para un nuevo sistema de relaciones económicas, incluyendo elementos tales como: la relación de intercambio de materias primas y productos básicos; la reforma del sistema monetario internacional; la financiación del desarrollo; la transferencia de tecnología; y la regulación de las empresas transnacionales. (Newcombe & Paradell, 2009)

Así tras varios años de esfuerzo y gracias a un contexto global favorable, marcado por la guerra fría y los procesos de liberación nacional, los países en vías de desarrollo pudieron establecer los límites legales en los cuales se enmarcarían las relaciones bilaterales de inversión, sentando principios soberanos desde los cuales se imposibilita la negociación de bienes soberanos de los Estados, marcando la cancha por así decirlo, para las futuras negociaciones entre países desarrollados y en vías de desarrollo, sobre una sustancial base jurídica que permita un mayor grado de equidad.

Al hablar de TBI (TBI), podemos decir que el primero tratado que contemplaba la protección de inversiones fue suscrito por Alemania y Pakistán en 1959, este tratado bilateral contempló nociones que caracterizarían a los TBI posteriores como la protección y no discriminación de la inversión en razón de la nacionalidad y la resolución de controversias mediante arbitraje internacional, sin embargo este tratado, al igual que la mayoría de tratados generados con anterioridad a las declaraciones de Naciones Unidas en beneficio de los países en vías de desarrollo, se caracterizarán por la desigualdad de sus términos, justamente Newcombe y Paradell (2009) se refieren a este elemento de desigualdad:

Una característica de los TBI durante este período fue la relación económica y política asimétrica existente entre los Estados exportadores e importadores de capital. Aunque las obligaciones de los Estados partes de los TBI eran formalmente recíprocas, los TBI han sido desarrollados por los Estados exportadores de capital para proteger los intereses económicos de sus nacionales en el extranjero. Hasta que Rumania comenzó la concertación de un TBI con los Estados en desarrollo en 1978, el TBI entre Iraq y Kuwait (1964) fue el único que no entro en el paradigma de los TBI entre Estados desarrollados y en desarrollo. También es de destacar que varios Estados en

desarrollo grandes no concluyeron los TBI hasta mucho más tarde. China, por ejemplo, no concluyó su primer TBI hasta 1982; Brasil y la India no hasta 1994. (Newcombe & Paradell, 2009)

El periodo más importante de desarrollo de los TBI, se ubica en la década de los 90, tras la caída de los regímenes socialistas y de la URSS, el neoliberalismo, el paradigma del libre comercio y el aperturismo a ultranza retornó como el modelo triunfante y destinado a lograr el desarrollo de las naciones, aun más con la caída del bloque socialista muchos de los países que se habían desarrollado un régimen de independencia económica a través de la posición favorable que les significaba la lucha entre las potencias hegemónicas, se vieron de pronto sumidos en la imposición de una sola potencia triunfante y un solo modelo económico que garantizaba el flujo necesario de inversión y préstamos de capital que los países no desarrollados requerían, al respecto Sornarajah (2010) apunta que:

A mediados de la década de 1990 el fervor por el liberalismo económico había llegado a un punto alto. Ideas como los derechos de entrada y establecimiento dominaron la discusión de los principios de inversión y encontraron su camino en algunos tratados. Se concluyeron tratados que contenían el consentimiento previo de los Estados para el arbitraje de las controversias que surgen de las inversiones extranjeras en la instancia unilateral del inversor extranjero. La capacidad del inversionista extranjero para invocar dichos procedimientos arbitrales dio lugar a un aumento en el número de laudos arbitrales relacionados con las inversiones extranjeras, lo que contribuyó a generar más precedentes de ley. Este fue un período que, en general vio el triunfo de los puntos de vista liberales de la inversión extranjera y un intento de la transposición de esas opiniones en el derecho internacional. (Sornarajah, 2010)

El acelerado crecimiento de los TBI en la década de los 90 tal como lo explica Sornarajah, vino acompañado por un desarrollo acelerado de los procedimientos de arbitraje relacionados íntimamente con los tratados, a través del consentimiento que en la mayoría de casos otorgan los Estados para solventar las disputas a nivel internacional en foros especializados de arbitraje, como por ejemplo al CIADI, uno de los foros de arbitraje especializado en inversión más utilizados en el mundo y del que el Ecuador formaba parte hasta el año 2009 en que fue denunciado por el Estado Ecuatoriano este Convenio.

Como apunta Nowrot (2011), Si observamos cronológicamente el número de casos solventados en el CIADI, veremos un exponencial incremento de procedimientos de arbitraje a partir de los años 90:

Mientras que durante todo el período desde 1966 -el año que el Convenio del CIADI entró en vigor - hasta 1993 sólo 27 procedimientos de arbitraje de inversión tuvieron lugar bajo este marco, desde 1998 se ha venido

desarrollando un promedio de un caso nuevo por mes registrado en el CIADI. En abril de 2010, un total de 185 procedimientos se concluyeron, existiendo aun 130 casos pendientes. (Nowrot, 2011)

El Ecuador por a su parte no se ha visto ajeno a esta oleada de desarrollo de los TBI, suscribiendo la mayoría de sus TBI exactamente en la década de los 90, como por ejemplo los tratados con Estados Unidos, Alemania, Gran Bretaña, China, Chile, entre otros. Esta vorágine de firmas de TBI, se ha visto complementada tal y como explica la teoría anteriormente citada por un considerable aumento en las demandas de arbitraje que ha recibido el Ecuador por parte de Inversionistas privados, justamente refiriéndose al Ecuador Nowrot (2011) nos dice que:

A partir de diciembre de 2008, este país ha sido participe en un total de 14 casos con cuatro nuevos casos presentados en 2008 solamente. Desde una perspectiva global, Ecuador tiene - detrás de Argentina (48 casos), México (18 casos) y la República Checa (15 casos) - el cuarto lugar en la lista de los países de acogida se enfrenta reclamos en virtud de tratados de inversión conocidos. Además, al menos un nuevo reclamo más amparado en un tratado de inversión se puso en marcha en septiembre de 2009 contra Ecuador por Chevron estableciendo un conflicto a arbitrase bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. (Nowrot, 2011)

2.2. Características y principios de los TBI.

Los TBI, tal como su nombre lo indica son tratados internacionales que norman o regula la inversión bilateral, es decir los procesos de inversión que se realizan entre dos países. Esta especificidad ha otorgado a los TBI características muy propias que aunque pueden ser similares con los principios generales que rigen al comercio internacional son características que propiamente conforman lo que es o no es un TBI.

El Centro Internacional para las Corporaciones Transnacionales de las Naciones Unidas y la Cámara Internacional de Comercio definen a los TBI, como aquellos tratados suscritos principalmente entre un país exportador de capital y un país importador de capital mediante los cuales el país exportador de capital busca obtener protección legal para la inversión extranjera y a su vez reducir en lo más posible los riesgos no comerciales que pueden cernirse sobre su inversión en países extranjeros, determinando por lo tanto que las cláusulas y provisiones estipuladas en un TBI buscan suplir los estándares de protección otorgados por las leyes del Estado sede de la inversión, establece además que estos tratados usualmente cuentan con cláusulas que recogen principios del Derecho Internacional principalmente comerciales como Trato Justo y Equitativo, Trato de Nación más Favorecida, Trato no Discriminatorio, “*Pacta Sunt Servanda*”, Observancia de Compromisos y Compensación Adecuada y Efectiva en caso de Expropiación. (UNCTC, 1992). Otro punto importante que engloba a los TBI

es la solución de controversias, la que mayoritariamente se da a través de arbitraje internacional en los diversos foros mundiales especializados en el tema.

2.2.1. Países exportadores de capital y países importadores de capital.

Una de las primeras características que encontramos entonces es que se trata de un tratado bilateral entre un país que busca exportar capital mediante la inversión y otro país que busca recibir capital y por tanto permite la realización de inversiones en su territorio. Sobre esto es importante recuperar la noción de Tratados Desiguales explicada con anterioridad, pues hablando en términos pragmáticos la situación de los países importadores de capital no es para nada la misma, tanto en términos económicos como de influencia política y militar, que la de los países exportadores de capital, frase que generalmente es un sinónimo de potencia internacional.

Para los Estados en vías de desarrollo, absolutamente dependientes de financiamiento internacional y del endeudamiento, no existía otra opción que la de sumarse a los requerimientos impuestos por el orden financiero internacional que exigía como requisito que estos países firmaran TBI's para poder ser partícipes de créditos y otros beneficios, esta posición es compartida por Sornarajah quien expresa que:

Es bien sabido que, los organismos oficiales de los Estados desarrollados no concederán aseguramiento a la inversión a menos que un tratado de inversión se haya acordado con el Estado anfitrión, las instituciones financieras internacionales ejercen presión sobre los Estados en desarrollo para firmar tratados cuando buscan préstamos. Organismos como la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) aconsejan la firma de estos tratados. (Sornarajah, 2010)

Este ejercicio de presión por parte de los diversos organismos internacionales de financiamiento como el FMI o el Banco Mundial es fácilmente entendible cuando consideramos que los TBI se generaron como una alternativa de los países desarrollados para salvaguardar los estándares mínimos internacionales propuestos por las principales potencias económicas para sus inversiones en el extranjero frente a la creciente presión de los países en vías de desarrollo por conseguir el Nuevo Orden Económico Internacional o NIEO⁹ por sus siglas en inglés, que planteara situaciones de mayor equidad en detrimento de los intereses de las grandes potencias económicas del planeta. (Sornarajah, 2010)

⁹ El nuevo Orden Económico Mundial que buscaban los países en vías desarrollados se materializo parcialmente mediante las Resoluciones de Naciones Unidas que trataban sobre la Soberanía Permanente de los recursos Naturales y la Carta de Naciones Unidas sobre Deberes y Derechos Económicos de los Estados.

Lo expresado, plantea dudas e interrogantes sobre la legitimidad de los TBI, en razón de si son verdaderamente tratados desiguales y por tanto violatorios de principios del Derecho Internacional, como en el caso de la voluntariedad en la suscripción de los tratados. Aunque existan argumentos suficientes para determinarlos como tratados desiguales, debemos reconocer también que estos tratados de tipo Bilateral, rigen al menos en teoría en igualdad de condiciones para ambos estados signatarios, suponiendo la reciprocidad de obligaciones y el libre consentimiento que del mismo hacen los Estados, esta idea sobre la desigualdad de los TBI será tratada más a fondo en el análisis pormenorizado que se realice en el siguiente capítulos sobre los principios constitucionales y las cláusulas de los TBI.

Por el momento entonces consideraremos como una característica el hecho de que estos tratados se celebren entre países exportadores de capital y países importadores de capital, tomando en cuenta además la existencia de TBI suscritos entre naciones desarrolladas donde el análisis de las relaciones inequitativas se vuelve más complejo, por lo que debe realizarse un análisis particular de cada situación siendo la situación específica del Ecuador en relación con los TBI la que es materia de esta tesis.

2.2.2. Bilateralidad de la relación.

Entendemos por bilateralidad de la relación la existencia de dos partes que por su mutuo acuerdo se obligan la una con la otra, justamente el Manual de Tratados de las Naciones Unidas define a los tratados bilaterales como: *“un acuerdo internacional concertado entre dos partes, cada una de las cuales posee la capacidad para celebrar tratados.”* (Naciones Unidas O. O., 2001)

La característica principal de la bilateralidad entonces es el hecho de que se realiza entre dos partes, esta celebración bi-partita se basa sobre todo en el hecho fundamental de que ambas partes hayan llegado a un acuerdo sobre el contenido del tratado (Naciones Unidas O. O., 2001), esto implica por sobre todo el libre consentimiento al momento de obligarse para con los derechos y deberes contemplados en un tratado.

La razón de que las inversiones internacionales se hayan tratado mayoritariamente en base a relaciones de tipo bilateral se debe a los múltiples fracasos en los intentos por generar tratados multilaterales que normen o establezcan un estándar común para la inversión extranjera, este fracaso responde a que las cuestiones de inversión extranjera apoyadas por las transnacionales causaron aprehensión en los países en vías de desarrollo sobre todo acerca de la soberanía de sus recursos naturales y de su capacidad para dictar sus propias políticas económicas. (Sornarajah, 2010)

Si bien existan muchas controversias sobre los TBI, para los países en vías de desarrollo son definitivamente preferibles a sumarse a un tratado multilateral con todas las

potencias económicas, pues verían limitada su capacidad de acción en razón de los estándares mínimos que las potencias establecerían para su beneficio en razón de los múltiples negocios transnacionalizados e intereses comunes que comparten, mientras que la negociación de tratados de tipo bilateral les permiten mayor espacio para defender sus intereses.

Los tratados bilaterales de alguna manera son tratados Ad-hoc, donde los países negocian y acuerdan en la mayoría de ocasiones en torno a situaciones mutuamente beneficiosas y se pueden adecuar a las características específicas de la relación bilateral entre ambos países, mientras que en un tratado multilateral los principios que rigen son los estándares generales. (Sornarajah, 2010)

2.2.3. Definición de inversión.

Otro de los aspectos fundamentales a considerarse en la firma de un TBI es la definición de lo que se va a comprender por inversión para los estados firmantes del tratado, este aspecto responde a la necesidad de delimitar que aspectos del ejercicio desarrollado por las empresas internacionales consiste en inversión propiamente dicha y por tanto debe ser protegido en los términos de los acuerdos de inversión que haya suscrito un país.

Esta definición, implica una importante negociación por parte de los estados especialmente por parte del Estado importador de capital que en términos generales podrá a través de esta definición determinar quiénes van a ser los inversionistas y los términos en los que dicha inversión se realizara en el país, permitiéndole generar expectativas de hacia dónde y cómo se realizará la inversión.

Por su parte al inversionista y al Estado exportador le interesara por su parte determinar las mayores ventajas y menores condicionamientos y regulaciones a su inversión, determinando una pugna de intereses, que dé lugar a ser asumidos con responsabilidad por el Estado importador de capital, podrían significar la intromisión en sus políticas económicas y la pérdida de soberanía jurisdiccional y sobre sus recursos naturales.

Sobre la definición de la inversión, Barton Legum (2005) nos dice que:

Las definiciones de "inversión" en los tratados contemporáneos tienden a ser amplias y abiertas, con una lista de los tipos específicos de inversiones cubiertas que son indicativos más que definitivos. Tratados recientes del Reino Unido definen la inversión como "todo tipo de activo", e introducen una lista de formas específicas de inversión con la frase indicativa "y en particular, aunque no exclusivamente. . . ." Recientes TBI franceses utilizan una definición igualmente amplia, que podría traducirse como " todos los activos, como los bienes, derechos e intereses de toda naturaleza ", que introduce igualmente una lista indicativa. Y el Modelo 2004 de TBI de los Estados Unidos utiliza una

famosa definición circular: "inversión" significa "todos los activos. . . que tiene las características de una inversión ", también seguido de una lista indicativa. Estas amplias definiciones reflejan, yo diría, un esfuerzo para dar cabida a la infinita creatividad de los mercados de capitales. Dicho en términos ligeramente diferentes, la definición amplia de inversión refleja el deseo de fomentar la inversión extranjera en todas sus formas, en el presente y el futuro. (Legum, 2005)

Esta definición amplia que preconiza Legum, podríamos definirla como la perspectiva de inversión pro transnacionales y pro Estados exportadores de capital, Legum legitima la ambigüedad que presentan generalmente las cláusulas de definición de inversión en los TBI, al pretender que dicha ambigüedad beneficiara la creatividad de los inversionistas para desarrollar inversiones en los países sede, sin embargo esta ambigüedad permite sobre todo que el país importador de capital se vea restringido en las medidas de control que puede establecer a inversiones riesgosas o a movimientos de capital y otras acciones que no redunden en beneficio del país receptor.

Una de las dudas que surge al momento de definir la inversión por ejemplo es si puede contemplarse a la propiedad intangible como parte de la inversión, la doctrina más antigua sobre inversión determinaba que derechos intangibles como propiedad intelectual, derechos artísticos y literarios, esta exclusión a las propiedades de tipo intangible se debe probablemente a que las mismas dependen su existencia de las leyes del Estado sede, al ser derechos que se crean en relación con una entidad cuya existencia depende de leyes internas de los Estados. (Sornarajah, 2010)

Sin embargo, poco a poco la noción de que los derechos intangibles debían ser protegidos por la inversión fue ganando espacio, a medida que el desarrollo del comercio ha insertado cuestiones como Marca, o Know-How como bienes directamente comerciables pese a su intangibilidad, haciendo que el comercio de bienes intangibles o su transmisión sean cada vez más comunes, no es extraño hoy por hoy que los derechos de propiedad intelectual u otros bienes de tipo intangible sean protegidos por los TBI, sobre esto Sornarajah (2010) nos dice que:

Muchas de las nuevas formas de contratos de inversión extranjera implican la transferencia de los derechos intangibles. Acuerdos de licencias, contratos de gestión y contratos de consultoría tenían activos intangibles como su objeto. La protección de la inversión extranjera significó cada vez más la protección no sólo de los activos físicos de los inversores, sino también los activos intangibles que se llevaron en la empresa, que a menudo eran tan valiosos o más valiosos que los activos físicos. (Sornarajah, 2010)

Como decíamos la mayoría de TBI manejan una definición de inversión lo más amplia posible, sin embargo muchos TBI han optado también por limitar los beneficios

otorgados por los tratados a tan solo las inversiones tipificadas por las partes mediante acuerdo mutuo, un ejemplo de estos son justamente los TBI que se ha realizado con países asiáticos como Singapur o Malasia, en el caso de Malasia sus tratados protegen tan solo a las inversiones que se realicen de acuerdo a lo que prescriben las leyes malasias. (Sornarajah, 2010)

Basándonos en esta limitación nos situaríamos entonces frente a dos claros tipos de inversión, aquella protegida por el TBI por que ha sido aprobada por el Estado receptor directamente en la delimitación de la inversión al momento de negociar el TBI y una que no se encuentra protegida en vista de que no ha recibido la aprobación expresa del estado receptor, esto no significa por cierto, que toda inversión que no ha sido reconocida y aprobada por el estado receptor al momento de firmar el TBI carezca de protección, este tipo de inversiones encuentran protección de tipo general siempre y cuando cumplan los preceptos necesarios para ser reconocidas por las normas generales del Derecho internacional.

Lo dicho tiene razón de ser, en que justamente los TBI constituyen un régimen especial que protege de manera específica los acuerdos de carácter especial realizados por los países partícipes, de ahí que no tendría mucha lógica que toda inversión que no pueda ser abstraída a los acuerdos constituyentes del TBI no pueda ser protegida por los mismos, razón por la que justamente los países exportadores de capital, se esfuerzan en beneficiar a sus empresas a través de una definición amplia que juegue una suerte de papel de red que permita englobar dentro de la protección de los TBI, a todas las actividades desarrolladas por dichas empresas.

Sin embargo, lo expresado dependerá del rol que asuma principalmente el país anfitrión, Sornarajah (2010) al respecto apunta que:

Algunos estados requieren la aprobación de todas las inversiones extranjeras entrantes. Otros mantienen una puerta abierta para todas las inversiones extranjeras, pero dan privilegios especiales sólo para las inversiones que aseguran su aprobación. La aprobación por lo general sólo se da a dichas inversiones que se consideren especialmente beneficiosas para el Estado de acogida y están sujetas a la satisfacción de las condiciones que pueden imponerse. (Sornarajah, 2010)

Habíamos visto anteriormente que existían dos tipos de inversión a considerarse principalmente, la inversión directa y la inversión de cartera o “*portfolio investment*”, la mayoría de inversiones que se realizan y las que se encuentran mayormente contempladas en los TBI y protegidas por los mismos, son las inversiones de tipo directo, mientras que existe polémica sobre la inclusión de las inversiones de cartera en el paraguas de protección que otorgan los TBI, de acuerdo a Sornarajah (2010) las inversiones de cartera son:

Las inversiones de cartera son instrumentos que están directamente relacionadas con las empresas (como las acciones) o sólo están conectadas indirectamente con las empresas (como pagarés y bonos). Se utilizan con el fin de reunir capital para las empresas, y se distribuyen libremente a través de bolsas o en otros mercados o medios. (Sornarajah, 2010)

Como podemos observar las inversiones de cartera constituyen medios de vital importancia para el flujo de capitales, esta importancia, es la principal razón para que se considere la integración de estas inversiones en el ámbito de protección de los TBI, entendiendo que al hacerlo se estaría permitiendo mayores facilidades para el ingreso de inversión, facilitando los movimientos de capital entre el Estado exportador y el Estado receptor de la inversión.

Sin embargo, al asumir que las inversiones de carteras se incluyan dentro de las protecciones establecidas por los TBI, el Estado receptor estaría asumiendo a la vez un compromiso de protección para con los titulares de este tipo de bienes intangibles, lo cual implica una dificultad para el Estado, al ser estos titulares siempre cambiantes y casi imposible determinar sus identidades de manera fija. Otro tema problemático para el Estado receptor radica en que este tipo de inversiones pueden ser rápidamente sacadas del país receptor, lo que podría claramente determinar el origen de crisis, pues al ser capitales inestables y de libre flujo pueden en cualquier momento convertirse en capitales golondrina y desfinanciar a empresas y a la economía estatal por igual. (Sornarajah, 2010)

Haciendo un balance del costo y el beneficio de abrir la protección de los TBI para las inversiones de cartera, ya en una opinión personal considero que a esta como mayor el riesgo que proviene de asumir la protección estatal de inversiones intangibles de libre flujo, pues vulnera a la economía nacional haciéndonos presa fácil y terreno propicio para inversores especulativos y capitales migratorios, que podrían desatar crisis con su salida e incluso interponer demandas al Estado, en caso de caídas de la bolsa o demás movimientos especulativos en el mercado de valores.

2.2.4. Estándares de tratamiento.

La gran mayoría de TBI, contienen cláusulas que hacen referencia a los estándares de tratamiento de la inversión, mediante estos estándares se evidencia el compromiso que asume el Estado receptor para proteger y garantizar la inversión en su país, de acuerdo a varias normas aceptadas en el Derecho Internacional, sobre todo en el Derecho Comercial.

La Organización Mundial del Comercio (OMC), en su página web determina los principios básicos que rigen al comercio mundial y que son de amplia aceptación a nivel

mundial, tomando en cuenta que la mayoría de países se han adherido al convenio de la OMC, incluido el Ecuador¹⁰.

Estos principios son:

- Nación más favorecida .
- Trato nacional.
- Comercio más libre: de manera gradual, mediante negociaciones.
- Previsibilidad: mediante consolidación y transparencia.
- Fomento de una competencia leal.
- Promoción del desarrollo y la reforma económica.

Si bien estos principios se encuentran recogidos de manera general en los TBI, existen dos principios que se han constituido en cláusulas fundamentales de los mismos, el trato de la nación más favorecida y el trato nacional, que junto con el trato justo y equitativo, la solución de controversias por medio del arbitraje internacional, la compensación por expropiación, protección y seguridad totales y la cláusula paraguas, componen el paradigma jurídico sobre el que se elabora un TBI.

2.2.4.1. Trato de la nación más favorecida.

El trato de la nación más favorecida implica que los derechos y beneficios que el Estado receptor de la inversión a determinado para un país en particular, serán utilizados como una especie de estándar o punto de referencia para los demás Estados, no pudiendo entonces el país receptor determinar condiciones más bajas para nuevos inversores que las ya otorgadas con anterioridad a otro país.

Si bien a nivel internacional se ha tratado de establecer que esta cláusula implica una medida de trato no discriminatorio, es posible argumentar que el ejercicio de un trato no discriminatorio no necesariamente implica la igualdad de las prestaciones, en razón de las diferentes características que poseen los países y sus inversiones, Pia Aconcci (2005) concuerda con esta visión y menciona que:

Comúnmente, la uniformidad y la igualdad se consideran términos apropiados para definir qué consecuencias derivan de la referencia al principio de no discriminación. Sin duda, esto no quiere decir que tal principio obliga a un Estado huésped a un "trato igual o idéntico" a todos los inversores que operan en su territorio. Como el objetivo final de este principio es hacer que los inversores extranjeros de diferentes países y los inversionistas nacionales compitan en el mismo nivel, es suficiente con que el Estado receptor conceda a los inversores extranjeros un "« un trato no menos favorable »que el otorgado a

¹⁰ El Ecuador se adhirió a la OMC mediante la publicación del Convenio en el suplemento del registro oficial 853 del 2 de enero de 1996.

la« más favorecida »tercera nación... y [sus] nacionales", a condición de que el principio " ejusdem generis " se vea satisfecho. (Aconcci, 2005)

Esta cláusula sin embargo puede presentar el problema de que permite al inversor extranjero el aprovechar el tratamiento más favorable otorgado en tratados pasados como futuro, permitiéndole por ejemplo utilizar una cláusula de arbitraje más nueva que le dé ventajas sobre el Estado a pesar de no haberse negociado dicha cláusula en el TBI que ampara su inversión, o que aproveche de los beneficios otorgados por un Estado a otro en virtud de un acuerdo regional de integración o cualquier otro acuerdo que no tenga relación directa con el TBI que lo ampara. (Sornarajah, 2010)

2.2.4.2. Trato nacional.

Este principio, que como habíamos visto anteriormente es una de la piedras angulares del sistema de comercio internacional reconocido por la OMC, establece medidas que buscan evitar el proteccionismo comercial que pueden desarrollar los Estados a través de la aplicación de impuestos y legislación interna que pueda considerarse, se establece en detrimento de los productos importados y a fin de proteger la producción nacional.

De acuerdo a Bradly Condon (2007), estas medidas anti proteccionismo responden a:

Facilitar para los productos importados condiciones de competencia iguales a las de los productos nacionales. Los productos importados, después de pagar los derechos de aduana correspondientes, tienen que ser tratados de la misma manera que los productos similares de origen nacional; no se permite conceder una protección indirecta a los productos nacionales. Además, carece de importancia que "los efectos comerciales" de la diferencia tributaria entre los productos importados y los nacionales, reflejada en los volúmenes de las importaciones, sean insignificantes o incluso inexistentes. (Condon, 2007)

Esta noción de garantizar un trato no diferenciado para los productos importados, si bien se puede entender como una práctica tendiente a garantizar la igualdad de competencia, es también un principio que puede significar la destrucción de una industria nacional, que no se encuentra en capacidad de competir con productos importados, que cuentan con mejores tecnologías o incluso con costos de producción más baratos.

Muchas veces países en vías de desarrollo encuentran como su única oportunidad el establecer aranceles o medidas de tipo preferente para su industria, como vía de permitir su supervivencia y generar el desarrollo interno, a través de una industria propia evitando así la dependencia de productos extranjeros, esto sin embargo resulta

perjudicial para las grandes transnacionales que buscan a toda costa la apertura de nuevos mercados bajo condiciones favorables a sus inversiones.

Esta idea se encuentra enmarcada en el artículo III del El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)¹¹, mismo que establece que:

Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional. (GATT, 1947)

En cuanto a la perspectiva de trato nacional que rige para los TBI, Jorge Albites-Bedoya (2008) expresa que esta noción se concentra en:

El trato nacional en el contexto de un tratado bilateral de inversión (TBI) significa claramente la obligación de las partes contratantes a conceder a las inversiones y / o inversionistas de la otra parte por lo menos un tratamiento tan favorable como el trato que otorgan a sus propios inversionistas e inversiones en circunstancias similares. En otras palabras, la obligación prescribe que el marco regulatorio, que consta de impuestos, licencias, derecho de la competencia comercial y corporativa y otras condiciones de operación importantes, discrimina a los inversionistas extranjeros o sus inversiones a fin de favorecer a los competidores domésticos. Por lo tanto, el trato nacional es una disposición clave que protege a los inversionistas extranjeros contra la discriminación a favor de los inversionistas nacionales. (Albites-Bedoya, 2008)

En el caso particular del Ecuador, caracterizado por ser un país importador de capital, cuyas inversiones en el extranjero son prácticamente nulas, el asumir el principio de trato nacional, implica la posibilidad de que la industria nacional no pueda ser susceptible de medidas que generen su desarrollo, algo que resulta sumamente importante en un país como el nuestro que busca la industrialización y que no cuenta con una industria nacional consolidada, por lo que requiere de protección estatal frente a las grandes empresas transnacionales.

¹¹ El Ecuador es país miembro del GATT, convenio que se ratificó mediante su publicación en el suplemento 987 del Registro Oficial del viernes 12 de julio de 1996.

2.2.4.3. Trato justo y equitativo.

Hablar de Trato justo y equitativo, no es fácil, más aun cuando determinar conceptos como justo y equitativo resulta de por si un ejercicio más cercano al plano filosófico que al ámbito jurídico, hablar de justicia y equidad en el plano internacional resulta muy amplio, y muchas veces dependerá de la óptica de interpretación de estos conceptos, pues la determinación de equidad y justicia de un país en vías de desarrollo puede diferenciarse y en mucho de un país desarrollado, pues supondrá un tratamiento más equiparado en términos de relacionamiento internacional, mientras que par a un país desarrollado obtener beneficios en razón de su fuerza y supremacía parecería primordial.

Sornarajah (2010) comparte este criterio y menciona que:

Los tratados se refieren a un "trato justo y equitativo" que debe darse a los nacionales de las partes contratantes. Esta frase es vaga y está abierta a diferentes interpretaciones. El contenido de esta norma ha causado mucha ansiedad. En un momento se pensó que la norma era un estándar más alto que el estándar mínimo internacional. (Sornarajah, 2010)

Es justamente la amplitud el concepto lo que conlleva a una alta preocupación por parte de los Estados, pues la interpretación de este estándar de trato justo y equitativo podrá ser beneficiosa o perjudicial dependiendo de la interpretación más o menos extensiva que hagan de él, los tribunales arbitrales durante la resolución de controversias.

Lo cual significa otorgar a los tribunales arbitrales una amplia capacidad, sujeta tan solo a la libre interpretación que realicen del concepto de justo y equitativo, el cual en todo caso no puede ir más allá de los estándares mínimos que el Derecho Internacional prescribe para el tratamiento de las inversiones, ahora bien que es lo que entendemos por estándares, al respecto, Francisco González de Cossio (2009) nos plantea que:

Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad preservando la seguridad que el Derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del "legislador" al "juzgador". Para esclarecerlo. Lo compararé con aquel con el que estamos más familiarizados:

La regla. Mientras que la regla contiene una hipótesis que, de realizarse de conformidad con el principio de causalidad, exige una "sanción", el estándar contiene dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo.

El objetivo es normativo: es el núcleo del concepto mismo, lo que desea lograr. El subjetivo es el ingrediente que el juzgador le incluye: su experiencia e intuición. (Gonzalez de Cossio, 2009)

Para los abogados y juristas que se han formado desde el punto de vista del Derecho de tipo Civilista, la noción de estándares se vuelve una noción complicada, mientras que para aquellos juristas del “common law” que han manejado el precepto de estándar y no de regla toda su vida, el Derecho de tipo Civilista basa su accionar en normas y en reglas, no en estándares, las normas y reglas de tipo civilista determinan con alta precisión, a través de cuerpos legales, las facultades y poderes de los organismos jurisdiccionales, haciendo sencillo tanto para jueces, árbitros y conciliadores el determinar sus alcances, permitiendo además a los abogados interpretar con claridad cuando un magistrado se extralimita en sus facultades.

Por el contrario, los estándares más que una normativa clara y delimitativa, establecen lineamientos de conducción, en los cuales la carga subjetiva es muy importante, en relación a lo expresado, González de Cossio (2009) en el análisis que realiza sobre el Derecho Mexicano nos explica que: “ *Desde la perspectiva de las autoridades mexicanas, dada la ambigüedad de estándares y diferencia de método, el que puede constituir una violación a un tratado de inversión es el resultado de una interpretación totalmente casuista, subjetiva, y a “toro pasado”.* (Gonzalez de Cossio, 2009)

Esta interpretación que puede ser mayoritariamente subjetiva, hace que el arbitraje internacional y su interpretación del principio de trato justo y equitativo signifiquen un riesgo para los Estados, pues se ha considerado que los árbitros internacionales en materia de inversión tienen una visión pro corporación, lo cual ha sido demostrado en la gran mayoría de sus fallos a favor de empresas en detrimento de los Estados, Cecilia Olivet (2012) sigue esta línea argumentativa y nos plantea que:

Son varios los árbitros de renombre que han sido miembros de la junta de grandes multinacionales, entre las que se cuentan aquellas que han presentado demandas contra países en desarrollo. Casi todos ellos comparten la firme convicción de que proteger los beneficios privados es de suma importancia. En la mayoría de casos relacionados con decisiones que afectaban al interés público, como las medidas tomadas por Argentina en el contexto de su crisis económica, a la hora de emitir sus sentencias los árbitros no han tenido en cuenta otro factor que no fuera la supuesta pérdida de beneficios por parte de las corporaciones. Muchos árbitros han manifestado su profundo rechazo a una propuesta de Bruno Simma, magistrado de la Corte Internacional de Justicia, para que los arbitrajes de inversiones concedan mayor atención a la legislación internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente. (Olivet, 2012)

2.2.4.4. Clausula arbitral.

Se ha hecho muy común que los TBI, contengan una cláusula de resolución de controversias mediante un tribunal arbitral de carácter internacional, el porqué de esta cláusula responde a que mediante la misma, se buscaba garantizar la posibilidad de que

las controversias entre un Estado y un particular pudieran ser solventadas en un foro neutral, la participación en este foro neutral se realiza mediante el acuerdo establecido por el Estado receptor de la inversión y el país exportador en el TBI, cláusula que sin embargo protege a las controversias entre particulares y el Estado receptor de la inversión.

Esta cláusula desde un principio parte de la noción, poco prejuiciosa de que los tribunales nacionales de los Estados receptores de capital, entiéndase de los países en vías de desarrollo, son instancias carentes de objetividad, mismas que no brindan garantía de un trato justo e imparcial a los extranjeros, en el caso eventual del surgimiento de una disputa entre el inversionista y el Estado receptor; más allá de los argumentos en pro o en contra de esta posición que puedan ser esgrimidos, lo cierto es que esta cláusula se ha convertido en una verdadera referencia en los diversos TBI que se han firmado alrededor del mundo.

Este hecho ha desembocado en un debate y discusión sobre hasta dónde la jurisdicción de un Estado puede ser cedida a instancias internacionales, para Sornarajah (2010), por ejemplo, *“La cláusula de arbitraje debe especificar el alcance de la jurisdicción que se le confiere al tribunal arbitral. La naturaleza de la jurisdicción del tribunal depende de la cláusula y el contrato que lo contiene.”* (Sornarajah, 2010)

Esta visión, comúnmente aceptada y que se ha vuelto una práctica jurídica constante en los contratos petroleros, como por ejemplo el contrato firmado por el Ecuador con OXY¹², el mismo que sometía las disputas de esta empresa privada a tribunales arbitrales internacionales, amparado por el TBI firmado por el Ecuador y Estados Unidos, que en su cláusula de resolución de controversias claramente establece la posibilidad del arbitraje internacional, cláusula contractual en base a la cual el Ecuador fue demandado arguyendo incumplimiento a los estipulado por el mencionado TBI.

Esta cláusula establece entonces la posibilidad de que una controversia entre un particular y un Estado soberano pueda ser solventada en un tribunal ajeno al de aquel Estado, obligándolo a ceder jurisdicción sobre un asunto que podría tranquilamente solventarse en instancias nacionales, respecto a esto la Constitución del año 2008 claramente prohíbe que esto pueda realizarse, tal y como estipula su artículo 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

¹² El 17 de mayo de 2006 OXY presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI, argumentando que la declaratoria de caducidad de su contrato con Petroecuador era una violación de las obligaciones contraídas por el Ecuador con los Estados Unidos en su TBI, obligando al Ecuador de esta manera a ceder jurisdicción sobre un caso de caducidad de contrato que podría haberse solventado en cortes nacionales.

Estado y personas naturales o jurídicas privadas. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Estableciendo de esta manera un claro limitante para los TBI que rigen en el país y para aquellos nuevos que se busquen firmar, esto plantea una duda, sobre si esta contradicción entre los TBI y la Constitución determina la invalidez de los TBI en el Ecuador, duda que se analiza a profundidad en los capítulos posteriores de esta tesis.

Por el momento y en razón de que el objetivo de este capítulo es el de explicar los principios que norman y rigen a los TBI, simplemente observaremos la generalidad de la cláusula arbitral, entendiendo la misma como la cláusula que posibilita elevar la resolución de la controversia entre un particular y un Estado, en temas de inversión de la esfera de la ley domestica del país receptor de la inversión hacia un plano superior de ley de tipo transnacional , principios generales del Derecho y del Derecho Internacional (Sornarajah, 2010), permitiendo de alguna forma la internacionalización de un contrato entre un particular y un Estado soberano.

2.2.4.5. Expropiación.

El tema de la expropiación ha sido uno de los temas más debatidos a nivel internacional, desde que las Naciones Unidas declararon el reconocimiento a la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, el principio de que los Estados poseen de manera imprescriptible el derecho de dominio sobre sus recursos se ha convertido en una verdad prácticamente general a nivel mundial.

Este derecho sin embargo fue alcanzado en base a la presión que ejercieron los países en vías de desarrollo a nivel de las naciones unidas tras la segunda guerra mundial, cuando los nuevos estados que ansían tras la liberación de las antiguas colonias buscaban reafirmar su control sobre sus recursos naturales aun en manos de las grande potencias coloniales.

Este derecho sin embargo se comprende está sujeto a ciertas limitaciones establecidas por el derecho internacional en tanto se trate de expropiación de bienes de propiedad de extranjeros, siendo una potestad del Estado nacional pero que debe respetar para su efectivo ejercicio procedimientos y acuerdos de tipo internacional que garantizan a su vez el derecho a la propiedad. Para Enrique Sayagues (1974) la expropiación es:

Un instituto de derecho público mediante el cual la administración, para el cumplimiento de sus fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles e inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación. (Sayagues Laso, 1974)

Es decir, se trata como mencionó anteriormente de una potestad estatal que en razón del bien público general limita el ejercicio de la propiedad privada en su territorio nacional, siempre y cuando se garantice una justa compensación, determinando por

tanto, la potestad del Estado a expropiar, mas no a confiscar de manera unilateral y sin un desembolso como contraprestación a la afectación al derecho de propiedad individual.

En el caso del Ecuador, la Constitución declara la protección sobre la propiedad y sus diversos tipos y expresa que el Estado tendrá la potestad de expropiar siempre y cuando sea por una razón de interés nacional o bienestar público y tras una justa valoración e indemnización.¹³

Los TBI, trataran a su vez de garantizar un marco internacional más efectivo sobre el cual proteger los intereses de los inversores extranjeros, de ahí que la gran mayoría de ellos establezcan clausuras de protección frente a la expropiación injustificada de los bienes materiales e intangibles de los inversores extranjeros, determinando cuando es posible y cuando no una expropiación.

Por tanto, determinar precisamente que hechos constituyen actos expropiatorios y cuáles no, deberían ser uno de los temas fundamentales a ser discutidos durante la negociación de un TBI, ya que de no existir una precisa determinación de los mismos podría significar para el Estado receptor de la inversión, una gran cantidad de demandas internacionales por la violación de la propiedad de la inversión protegida en un TBI.

Aquí encontramos una de las principales razones de disputas entre inversionistas y estados, pues claramente los inversionistas tratan de limitar toda acción restrictiva por parte del Estado sede para con su inversión, asumiendo como expropiación todo acto mediante el cual el estado intente condicionar la acción del inversionista y el ejercicio de su inversión, mientras que el Estado tratará a su vez, de sentar las condiciones más favorables para si en el ejercicio de la inversión extranjera en su territorio nacional.

Los inversionistas y los países exportadores de capital han tratado mediante las cláusulas de expropiación directa e indirecta, obligar a los Estados importadores de capital a sometes a un riegen protector de la inversión, que trata de establecer un ámbito muy limitado a la potestad reguladora del Estado, mediante lo que se ha llegado a determinar como la expropiación indirecta.

La expropiación indirecta, es una posición doctrinaria, mayoritariamente favorecida por los países exportadores de capital, que considera como actos expropiatorios a actos propios del ejercicio reglamentario del Estado, como el establecimiento de tributos o cualquier acción estatal que pueda considerarse, como un acto confirmatorio que limite el ejercicio de la propiedad, por parte de los inversores extranjeros.

Los tratadistas Amado y Amiel (2005), se refieren a la expropiación indirecta contemplada por la legislación norteamericana en los términos siguientes:

¹³ Constitución del Ecuador 2008

Así, el “Restatement (Third) of the Foreign Relations Law” recoge la institución de la expropiación indirecta, al establecer que la garantía contra la expropiación no se restringe únicamente a una efectiva adquisición forzosa por parte de un Estado de la propiedad privada, sino que también incluye aquellos actos del Estado que tengan el efecto de quitar a los privados su propiedad, ya sea mediante la imposición de tributos, regulaciones o cualquier otro acto de naturaleza confiscatoria o que restrinja, limite o interfiera irrazonablemente el goce por parte de los extranjeros de su propiedad. (Amado, 2005)

Esta concepción claramente perjudica al Estado, quien se ve limitado en sus facultades normativas, obligándose y limitándose a mantener un régimen muy laxo de exigencia a la inversión extranjera, por temor a la posibilidad de una demanda internacional por un acto que pudiendo ser puramente normativo, pueda ser interpretado como confirmatorio por parte de los inversionistas extranjeros.

Otro asunto de gran importancia que debe considerarse al hablar de la expropiación es justamente la compensación que debe realizarse como hecho fundamental del proceso de expropiación, los países exportadores de capital han mantenido históricamente una posición fija respecto a una compensación “*rápida, adecuada y efectiva*”, básicamente la compensación total del monto de la propiedad expropiada y de las ganancias anticipadas de la inversión.

Por supuesto esta noción es extremadamente beneficiosa para el inversor, quien prácticamente no sufrirá ninguna pérdida pudiendo reinvertir inmediatamente en otro lugar o a su vez trasladarse de nuevo a su país de origen, mientras que para el Estado receptor de la inversión, el pago de estos montos puede ser muy problemático, esta visión contrapuesta, ha determinado que sea a través de los acuerdos bilaterales consagrados en los TBI, como la mayoría de naciones han logrado expresar su acuerdo frente a los montos de compensación y a las razones de la expropiación.

2.2.4.6. Protección y seguridad totales.

Muchos TBI, contienen cláusulas que hacen referencia a la protección y seguridad total de las inversiones, esta disposición de por si general y ambigua implica una extralimitación en las potestades de garantía de la inversión que puede brindar un país, pues conceder protección y seguridad total implica que el Estado receptor de la inversión debe comprometerse a mantener una situación de estabilidad tal que ningún evento pueda perjudicar a la inversión extranjera, bajo el concepto de totalidad de la protección que esta cláusula expresa.

Schreuer (2010), nos plantea los alcances que puede tener esta cláusula:

La redacción de estas cláusulas sugiere que el Estado receptor tiene la obligación de tomar medidas activas para proteger la inversión de efectos adversos. Los efectos adversos pueden provenir de las partes privadas como manifestantes, empleados o socios de negocios o de las acciones del Estado de acogida y sus órganos, incluidos sus fuerzas armadas. (Schreuer, 2010)

Esta obligación asimétrica claramente manifiesta que el Estado receptor deberá hacerse responsable por eventos que bien pueden salir de su control como las afectaciones realizadas por particulares, por ejemplo los daños que en el evento de una manifestación puedan sucederse obligando mediante una cláusula al Estado al ejercicio de control policial o a la represión de sus ciudadanos para garantizar de manera activa la protección de una inversión extranjeras en detrimento incluso de los derechos constitucionales como el derecho a la resistencia y a la manifestación, pues de no hacerlo significaría una violación al TBI y podría estar sujeto a demandas internacionales.

2.2.4.7. Cláusula paraguas.

La cláusula paraguas, es una cláusula que se refiere al cumplimiento de lo pactado, tiene una amplia relación con el principio de “*Pacta Sunt Servanda*”, que establece que los tratados se realizan para ser cumplidos, esto implica que mediante esta cláusula se sujeta a los países a observar los compromisos adquiridos en el tratado so pena de incumplimiento del mismo.

Esta cláusula permite el mantenimiento en el tiempo de los acuerdos consagrados en los TBI, protegiéndolos del cambio de circunstancias, estableciendo claramente que los acuerdos deberán ser respetados, tal y como se plantearon en el momento histórico preciso en que se otorgaron, lo cual significa una complicación para los Estados receptores de capital sobre todo, pues se ven restringidos de adoptar medidas legislativas por ejemplo, que podrían cambiar o afectar los acuerdos desventajosos contraídos previamente.

Los alcances interpretativos de la cláusula paraguas han sido analizados en varios laudos internacionales, muchos de los cuales no llegan a un acuerdo sobre la extensión que debe tener la cláusula paraguas, en razón de si es posible que mediante una cláusula contractual se pueda limitar el ejercicio soberano de un Estado.

Sobre lo anotado, Sornarajah (2010) comparte la visión de que un análisis muy extensivo de esta cláusula va en contra de los postulados del Derecho Internacional, tal como lo menciona al hacer referencia al laudo de *SGS v. Pakistán*:

Como laudo en SGS v. Pakistán señala, el otorgar un amplio significado a la cláusula, haría que las provisiones cuidadosamente negociadas del tratado de inversión quedarán sin efecto. Además, la idea de que una corporación

multinacional aún por identificar, que carece de personalidad internacional, pueda crear obligaciones internacionales hacia un estado a través de un contrato carece de base teórica en el derecho internacional, que regula cuidadosamente en qué medida se pueden crear derechos de terceros, normalmente, los Estados, en los tratados. (Sornarajah, 2010)

CAPITULO II

1. Principios constitucionales para la adopción de tratados internacionales.

1.1. La supremacía constitucional.

El régimen constitucional ecuatoriano prevé la supremacía constitucional sobre leyes y tratados internacionales, esto se encuentra claramente estipulado en el Artículo 425, de la Constitución de la República, que en referencia a la jerarquía normativa del país, establece que:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Esta enunciación implica asumir a la Constitución como la norma suprema del Estado ecuatoriano¹⁴ y como tal, se le otorga primacía por sobre cualquier otro cuerpo normativo ya sea este de origen nacional o internacional, reconociendo el criterio jurídico-político de la soberanía como marco fundamental para los actos de Estado, limitando el ejercicio jurisdiccional de entes ajenos en suelo nacional a la irrestricta observancia de los principios constitucionales ecuatorianos.

Justamente el artículo 416 de la Constitución menciona que “*Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores*” (Constitucion de la República del Ecuador, 2008), expresando así que la soberanía radica en el pueblo y que sus intereses son en realidad el objetivo y razón del accionar estatal en el concierto internacional, aseveración que nos permitiría entender como inválidos todos los actos que contravengan los intereses del pueblo ecuatoriano.

Es muy importante comprender que en el caso ecuatoriano se entiende a la soberanía como una cualidad del pueblo ecuatoriano y no como una potestad del gobierno, hecho que determina que los actos de Estado realizados por el gobierno de turno, no tienen un carácter de poder ilimitado sino más bien se encuentran supeditados a la voluntad soberana del pueblo que se encuentra expresada en la Constitución, esta visión se

¹⁴ Ver artículo 424 de la Constitución del Ecuador.

encuentra plasmada en el artículo 1 de la misma, donde se manifiesta que “ [...] la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Podemos observar entonces que conceptos como Soberanía y Estado van casi de la mano, es por cierto necesario mencionar que Estado y Gobierno no son sinónimos, así cuando se afirma que la soberanía radica en el pueblo estamos afirmando la soberanía estatal diferenciando este concepto del de gobierno que es en sí una entidad administrativa del Estado, que lo administra en virtud de la potestad que el pueblo soberano le ha otorgado.

Desde la Doctrina se ha concebido al Estado en base a la teoría de los 3 elementos de Jellineck, esta aproximación doctrinaria nos plantea que el Estado se encuentra constituido por una unidad jurídica y política compuesta por tres elementos fundamentales, el pueblo, el territorio y el poder estatal (Herdegen, 2005), a su vez este concepto sirvió de base teórica para la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados¹⁵ que en su artículo 1 determino que:

El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:

- I. *Población permanente.*
- II. *Territorio determinado.*
- III. *Gobierno.*
- IV. *Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.* (Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, 1993)

Bajo esta concepción podemos observar que el gobierno es un elemento del Estado y como tal no debe confundirse con él, hecho que nos permite separar las decisiones puramente gubernamentales de aquellos actos de tipo soberano que deben corresponderse directamente con el ejercicio estatal y la potestad soberana del pueblo.

Sánchez (1992), haciendo un análisis de la soberanía nos explica que:

El poder estatal solo es tal si es soberano, es decir, si es capaz, en la práctica de enfrentarse y superar a otros poderes externos como lo fueron en su tiempo la iglesia y el imperio, y si puede sobreponerse y mantenerse sobre poderes internos que pretendan disputarle la soberanía. (Andrade Sanchez, 1992)

Podemos decir entonces que un Estado no puede de ninguna manera existir sin soberanía, es decir que sin la capacidad de auto determinarse a nivel exterior y de

¹⁵ Esta convención fue celebrada en la ciudad de Montevideo en el año 1933.

gobernar y gobernarse a nivel interior un Estado no puede concebirse como tal, pues los actos estatales están imbuidos de potestad soberana y por tanto podemos afirmar que todos los principios que rigen el accionar del Estado y del gobierno en cuanto elemento del anterior, provienen de la soberanía como base fundamental y legitimadora de todo acto público y por supuesto de toda relación y compromiso de tipo internacional.

Sera efectivamente en virtud de este principio de que todo acto de Estado proviene de la soberanía, que la Constitución delimita los alcances del accionar internacional que puede establecer un gobierno, limitando sus capacidades de compromiso a nivel exterior a los actos determinados por la Constitución.

Estos límites se encuentran contemplados en el artículo 416 de la Constitución que específicamente delimita los principios en base a los cuales el Ecuador determinara su relacionamiento internacional entendiéndose como impropia toda relación que se desarrolle por fuera de estos. En razón del tema específico de los Tratados y los Tratados Recíprocos de Inversión, materia de esta tesis diremos que el Ecuador tiene como principios fundamentales:

- 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.
- La solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos.
- La condena a toda injerencia de los Estados en los asuntos internos de otros Estados, y cualquier forma de intervención, sea incursión armada, agresión, ocupación o bloqueo económico o militar.
- El respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos.
- La condena a toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y el reconocimiento al derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión.
- El reconocimiento del derecho internacional como norma de conducta, y la demanda de la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos.
- La promoción de la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural.
- El impulso prioritario de la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica.

- El fomento a un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.¹⁶

En efecto, la declaración de estos principios como las nociones que el Ecuador reconoce como los elementos que direccionaran las relaciones que mantenga con otro Estado, no es más que un acto de tipo soberano mediante el cual el Estado ecuatoriano determina en base a su legislación interna, un límite de tipo jurisdiccional qué tipo de relación internacional será considerada como beneficiosa o por el contrario atentatoria contra los intereses soberanos del Ecuador.

La Constitución ecuatoriana no solo determina los principios en base a los cuales deberán desarrollarse las relaciones internacionales sino que además en total correspondencia con el principio de soberanía nacional, establece las normas que deberán observarse para que el Ecuador pueda obligarse mediante tratados o acuerdos internacionales.

De manera categórica el artículo 417 de la Constitución determina la supremacía constitucional sobre los tratados internacionales al manifestar que *“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución.”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008), estableciendo por tanto, como requisito *“sine equa non”* que los tratados internacionales deberán encontrarse en armonía con los principios constitucionales para su ejercicio y validez en nuestro país.

De lo expuesto, podemos advertir claramente, que todo tratado internacional que sea negociado por el gobierno de turno en el Ecuador deberá tener concordancia con la Constitución, de lo contrario no podrá ser reconocido como parte del ordenamiento jurídico al interior del país, otorgando entonces claramente a la Constitución un rol tutelar al momento de la ratificación de tratados internacionales.

Posteriormente, en el artículo 421 la Constitución, se delimita los tratados de tipo comercial que pueden ser adoptados por el Ecuador, una vez más demostrando el carácter de su supremacía sobre los instrumentos internacionales, prohibiendo la adopción de tratados internacionales que de alguna forma afecten o menoscaben el ejercicio de derechos como *“el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos.”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

¹⁶ Constitución Política del Ecuador, Artículo 416.

Cabe resaltar en razón de su directa influencia sobre los TBI, que artículo 422 de la Constitución, a más de reafirmar el carácter supremo de la Constitución establece que:

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. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Esta prohibición expresa determina un categórico ejercicio de soberanía al fijar la jurisdicción ecuatoriana como la única jurisdicción vigente en el Ecuador, limitando la posibilidad de cederla a instancias supra nacionales de arbitraje comercial o de inversiones, sin embargo se establece en un apartado posterior del mismo artículo 422, que se podrá concurrir a instancias de arbitraje regional, esto en razón del principio constitucional del fomento a la integración regional.

1.2. Principios constitucionales de las relaciones internacionales.

Como mencionamos brevemente en el apartado anterior, la supremacía constitucional que establecida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, compele a que todo tratado internacional se ajuste a la normativa constitucional, esta disposición implica entonces el irrestricto cumplimiento a los principios constitucionales.

Los tratados internacionales en general y los TBI en particular no escapan a este deber por lo que se hace indispensable analizar los principios constitucionales que directamente influyen la adopción de los instrumentos internacionales y las relaciones internacionales en general.

Muchos de los principios de las relaciones internacionales consagrados en la Constitución como la igualdad soberana de los Estados, la convivencia pacífica, la autodeterminación de los pueblos o la solución pacífica de las controversias¹⁷ tienen relación directa con principios universales reconocidos en el Derecho Internacional pues son a su vez los principios que rigen al orden jurídico internacional, tal y como pudimos observar en el capítulo I.

Sin embargo, nuestra Constitución establece principios que si bien mantienen una relación con la normativa internacional, son regulaciones que nacen de un ímpetu puramente soberano y que en su diversidad comprenden un marco propiamente

¹⁷ Ver Constitución del Ecuador, Título VIII, Capítulo primero, Artículo 416.

ecuatoriano para la comprensión de las relaciones internacionales, a continuación veremos el detalle de estas regulaciones nacionales:

1.2.1. **Condena a toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y reconocimiento del derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión.**

Este principio si bien tiene un origen claramente ideológico político, no deja por tal razón de ser un principio constitucional y como tal de estricto cumplimiento en el Ecuador, la noción de este principio como uno de nuestros principios constitucionales para las relaciones internacionales, implica que el Ecuador no reconoce y más aun condena a los países que realizan un ejercicio imperial, neocolonial y en general opresivo.

Este ejercicio por supuesto se entiende como desarrollado en el campo de la interacción internacional, pues como se manifiesta en la Constitución el Ecuador “*Condena la injerencia de los Estados en los asuntos internos de otros Estados*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

A su vez, este principio tiene correspondencia con lo estipulado en el preámbulo de la Constitución que considera al pueblo ecuatoriano como “*COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo.*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Reconociendo además en el artículo 98, el derecho de los individuos y colectivos a la resistencia, mediante lo cual, el pueblo ecuatoriano manifiesta de manera categórica que considera como loables las luchas de resistencia frente a la opresión, misma que puede ser tanto económica como política o militar.

Al respecto, Francois Houtart (2003) analiza el concepto de imperialismo diciéndonos que:

Históricamente, el imperialismo es la dominación política de un Estado sobre varios otros para establecer una hegemonía política, económica, cultural [...] Hoy día, imperialismo significa la articulación de todas las partes del mundo en un sistema mundial único, caracterizado por las desigualdades de desarrollo, desigualdades no en función de lo que algunos llaman un "retraso" de ciertas naciones frente al dinamismo de otras, sino como exigencia de la lógica misma de la acumulación del capital (el intercambio desigual). Es lo que Samir Amín, un economista egipcio, llama el "imperialismo colectivo", constituido por las grandes empresas transnacionales, muchas veces con capital de varias partes del mundo. (Houtart, 2003)

Podemos decir entonces que el imperialismo es un modelo planetario regido por la desigualdad, recogiendo esta noción, el principio constitucional señalado anteriormente

prohibiría al Ecuador de realizar cualquier tipo de relación internacional que se circunscriba dentro de un modelo que fomente la desigualdad o se fundamente en la hegemonía de un país sobre otro, y como tal la aprobación o ratificación de tratados de tipo desigual u opresivo.

1.2.2. Promover la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural.

Otro principio constitucional de las relaciones internacionales ecuatorianas que manifiesta un argumento netamente soberano, a través del cual nuestro país observa la interacción en el campo de las naciones, es la promoción y conformación de un mundo multipolar.

Entendemos como mundo multipolar aquel mundo que se configura en relación a varios puntos de desarrollo, que de manera concomitante se desenvuelven en una constante interacción y muchas veces en reciprocidad, en contradicción entonces con un modelo único de desarrollo, en el cual un polo único de desarrollo cuenta con la hegemonía a nivel mundial.

Este principio desarrolla la concepción de un mundo integrado a través de bloques regionales que permitan una interacción más justa y equitativa en el contexto del poder global, principio que se establece con claridad en el artículo 423 de la Constitución, que expresa como un objetivo fundamental para el pueblo ecuatoriano, la integración latinoamericana.

Por tanto, las bases fundamentales para la integración como para el desarrollo del principio del mundo multipolar, se vinculan con nociones de tipo ideológico como la construcción de un mundo más justo, solidario, complementario y equitativo, desechando nociones como trato desigual o discriminatorio y predominio de una nación sobre otra.

Al respecto, la Constitución en el artículo 423 en su numeral uno, nos dice que el Ecuador busca:

Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008).

Será en base a estos postulados que tratándose de inversión extranjera y TBI, que el Ecuador realiza una excepción a la clara prohibición establecida en el artículo 422 de la Constitución, de no ceder jurisdicción a instancias extranjeras:

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. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Excepción que tiene un profundo sentido en cuanto comprendemos los principios de solidaridad y complementariedad, requisitos fundamentales en la integración regional y que rigen las relaciones internacionales del Ecuador.

1.2.3. Fomentar un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

Este principio está íntimamente relacionado con los principios anteriores, reviste una gran importancia en nuestra investigación pues cimienta las bases jurídicas sobre las que los diversos TBI y acuerdos comerciales, podrán ser negociados y aprobados en nuestro país.

Como podemos observar las nociones de justicia, complementariedad y solidaridad son nuevamente expresadas, manteniendo la coherencia entre los diversos principios de las relaciones internacionales, la amplia reiteración de los mismos, no es sino la expresión de los límites que la Constitución establece para el desarrollo de los tratados internacionales en el país.

En este marco, todos aquellos tratados de comercio e inversión que no mantengan coherencia con los principios de solidaridad, complementariedad y justicia serían inválidos en nuestro país y no generarían obligaciones.

Más aun este principio emite una obligación expresa al Estado ecuatoriano de crear y fomentar la creación de organismos que controlen el ejercicio que realizan las empresas transnacionales, dentro de las cuales se encuentran las empresas que realizan inversiones directas y que se ven protegidas por los diversos TBI.

Hablar de un organismo de control es de por sí una expresión que se contrapone a la noción de que no se pueden imponer condicionamientos a la inversión, que consta en varios de los TBI alrededor del mundo, esta expresión es un claro ejemplo de la facultad soberana del Estado ecuatoriano y de la preeminencia de la Constitución sobre los tratados internacionales.

2. Mecanismos constitucionales para la aprobación de tratados internacionales.

Las normas constitucionales ecuatorianas establecen los mecanismos jurídicos y políticos mediante los cuales se podrán aprobar, ratificar y suscribir tratados internacionales por parte del Ecuador, en razón de que el motivo de estudio de esta tesis son los TBI y en específico los TBI firmados con los Estados Unidos y China, revisaremos la normativa constitucional vigente al momento de su suscripción y ratificación, al igual que la normativa vigente al momento en que se inició su proceso de denuncia.

Al momento de suscripción del TBI con los Estados Unidos (1993) y del TBI con la República Popular China, la Constitución vigente en el Ecuador, era la Constitución de 1979 en su codificación del año 1993, misma que establecía como competencia del Congreso Nacional “ *Aprobar o desaprobar los tratados públicos y demás convenciones internacionales*” (Constitucion del Ecuador Codificacion de, 1993), otorgando además en su artículo 79, la potestad al Presidente de la República para celebrar tratados internacionales y ratificarlos previa autorización del Congreso Nacional.

Observamos entonces que la Constitución del 78 en su codificación de 1993, establecía un procedimiento jurídico concreto para que un tratado tenga validez en el ámbito nacional, dividiendo a este procedimiento en 3 momentos, un primer momento de responsabilidad del poder ejecutivo al momento de la celebración o suscripción de un tratado, un segundo momento responsabilidad del poder legislativo en la aprobación del mismo y un tercer momento en la ratificación del tratado por parte del poder ejecutivo nuevamente.

Es importante no confundir a la aprobación con la ratificación, si bien el Manual de Tratados de Naciones Unidas nos dice que “*La aceptación o aprobación de un tratado después de su firma tiene los mismos efectos jurídicos que la ratificación*” (Naciones Unidas O. O., 2001), esta aseveración se está refiriendo claramente a la aprobación o ratificación de un tratado internacional en el plano interno de un país, existiendo una ratificación a nivel internacional que es la que consta como potestad del poder ejecutivo según la codificación de 1993de la constitución del 78.

Con respecto a esto el Manual de tratados de Naciones Unidas, expresa lo siguiente:

La ratificación en el plano internacional, que indica a la comunidad internacional el compromiso de un Estado de adquirir las obligaciones emanadas de un tratado, no debe confundirse con la ratificación en el plano nacional, que puede exigirse que un Estado realice de conformidad con sus propias disposiciones constitucionales antes de expresar su consentimiento en obligarse internacionalmente. La ratificación en el plano nacional es inadecuada para establecer la intención de un Estado de obligarse jurídicamente en el plano internacional. Las acciones requeridas en el plano internacional deben llevarse a cabo también. (Naciones Unidas O. O., 2001)

Al observar el TBI suscrito con los Estados Unidos podemos observar que este cumplió con los procedimientos constitucionales establecidos para la ratificación y vigencia de un tratado internacional en el Ecuador, siendo celebrado por el Poder Ejecutivo el 27 de agosto de 1993, posteriormente aprobado por el Congreso Nacional el 1 de septiembre de 1994 y finalmente ratificado por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo N. 3143 del 13 de octubre de 1995.

De igual manera el TBI con China fue suscrito el 21 de marzo de 1994 mediante intervención de Poder Ejecutivo, aprobado por el Congreso Nacional en sesión del 21 de mayo de 1997 y ratificado por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 352-B de 2 de junio de 1997.

Este procedimiento implica una observancia a la normativa constitucional, en virtud de que la codificación de 1993 mantenía a la supremacía constitucional como principio constitucional, de ahí que cualquier contradicción con el procedimiento establecido en la misma hubiera surtido el efecto de invalidar el tratado internacional.¹⁸

Imponiendo además la necesidad de aprobación y conocimiento de todo tipo de tratado internacional por el Congreso Nacional, al no hacer una excepción concreta de ningún tipo de tratado en la norma constitucional, esto tiene su razón de ser pues, en la Constitución de 1978 en su codificación de 1993 establecía que el Congreso Nacional tendrá la potestad de interpretar la Constitución, lo que lo convertía en el único órgano capacitado para determinar si un tratado internacional no mantenía contradicciones con nuestra norma suprema.

Este procedimiento es reformulado en la Constitución de 1998, pues en su artículo 130 numeral 7 establece como potestad del Congreso Nacional la aprobación o improbación

¹⁸ El procedimiento pormenorizado de aprobación de estos TBI en el congreso nacional y un análisis a los procedimientos realizados desde la normativa interna serán realizados en un apartado específico de este capítulo.

de tratados internacionales, en los casos que corresponda. Esta disposición implica limitar las facultades de la función legislativa considerándola como una facultad excepcional y ya no como un requisito fundamental para la validez de todos los tratados internacionales en el país.

Justamente el capítulo 6 de la Constitución de 1998 exhibe el tipo de tratados internacionales que deberán ser aprobados por el Congreso Nacional, de acuerdo con este artículo le corresponderá al Congreso Nacional aprobar los tratados que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Comprometan al país en acuerdos de integración.
4. Atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.
5. Se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.
6. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Sin embargo, pese a que como podemos observar no todos los tratados internacionales requerían aprobación del Congreso Nacional, claramente los tratados que comprometan la jurisdicción, soberanía y derechos fundamentales de los ciudadanos ecuatorianos debían ser conocidos previamente por el Congreso Nacional dada su importancia.

Estableciéndose además una medida precautelatoria de la soberanía nacional al ser requisito para la aprobación de los tratados internacionales determinados en el capítulo 6 de la Constitución de 1998, la previa revisión y dictamen favorable del Tribunal Constitucional, órgano de control que debía verificar la correspondencia de dichos tratados con nuestra normativa constitucional.

Lo expuesto nos abre la puerta a una duda o interrogante, pues si de manera lógica se reconoce que existen tratados internacionales que por sus características pueden ser lesivos a la soberanía nacional y a los intereses del país y por tanto se vuelve necesario someterlos a un análisis de control constitucional y a un trámite de aprobación por la función legislativa, ¿por qué no se vuelve necesario realizar el mismo control a todos los tratados internacionales?

Parecería ser que la Constitución de 1998 expresa una clasificación entre tratados de índole potencialmente problemática y tratados que no lo son, considerando las características intrínsecas de estos tratados, permitiendo que todos aquellos tratados que

no ingresen por sus características dentro del listado de tratados que deben ser conocidos por el Congreso Nacional para su aprobación y sujetos a control constitucional por parte del Tribunal Constitucional, sean aprobados y ratificados por el Ecuador sin un trámite de control o un análisis previo.

Estos tratados no contemplados como sujetos a aprobación del Congreso Nacional, se entendería entonces que son aprobados y ratificados por un acto unilateral de la función ejecutiva, pues la Constitución de 1998 en su artículo 171 determinaba que es función del Presidente de la República *“Definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija.”* (Constitución de la República del Ecuador, 1998)

Estableciendo claramente la posibilidad de que el Presidente de la República celebre y ratifique los tratados internacionales que se encuentran por fuera de las excepciones establecidas a aprobación del Congreso Nacional, sin otro control que el criterio que pueda presentarse en la función ejecutiva.

Esta discrecionalidad podría haber resultado muy complicada para el país, en razón de que hay múltiples tratados que pueden resultar en obligaciones perjudiciales para el país y que no se encontraban contemplados en la clasificación de tratados que requerían aprobación del Congreso Nacional, por ejemplo los acuerdos económicos o acuerdos de libre comercio que impongan obligaciones de política económica interna al país, en detrimento del ejercicio de su soberanía.

Este cambio en el paradigma constitucional en materia de aprobación de tratados corresponde a un cambio en la concepción política del Estado, que sin duda determina y busca la profundización del modelo económico neoliberal en el país, proceso que si bien empezaría en la década de los años 80, encontrará en la Constitución del año 98 la definitiva inserción de políticas de apertura económica y liberalización de las inversiones.

Recordemos que como anotamos en el Capítulo I, serán las décadas de los años 80 y 90 las décadas en que América Latina realice su inserción en el paradigma de la globalización y la liberalización económica, inserción que no habría sido posible sin la crisis de deuda de los países latinoamericanos de los años 80. Será en base a la imposibilidad de pagar la deuda que los organismos internacionales como el FMI empiecen a establecer medidas de tipo neoliberal en los diversos países latinoamericanos, que necesitados de préstamos para cubrir el déficit en el pago de deuda externa no tendrán otra opción que ceder al chantaje y aplicar este conjunto de recetas. Al respecto, Fair (2008) anota que:

De esa tarea se ocuparon los técnicos de los organismos multilaterales y las grandes potencias mundiales, quienes afirmaban que, si los países menos

desarrollados aplicaban sus “recetas”, esto es, si privatizaban las empresas estatales, desregulaban totalmente los mercados, reducían el gasto público, equilibraban las cuentas fiscales y flexibilizaban el empleo, lograrían la llegada masiva de inversiones. Esto permitiría a sus países “insertarse en el mundo”, acceder al crecimiento de sus economías y, mediante un efecto “derrame” basado en la “mano invisible” del mercado, generar un “desarrollo sustentable” que se distribuiría a todos los habitantes del planeta. Esta imposición de “recetas”, también conocidas como “Consenso de Washington”, fue acompañada, además, por un discurso que aseguraba que la única respuesta posible ante la globalización era la sumisión pasiva como si se estuviera en presencia de un fenómeno inevitable como son las catástrofes naturales. Si se respetaba a las “fuerzas del mercado”, esta visión fundamentalista prometía que el crecimiento de la economía mundial sería más rápido y estable, y que los frutos del desarrollo se distribuirían entre todos los habitantes del planeta. (Fair, 2008)

La situación de los países de la periferia, en los años 80 y 90 era desesperada, pues las condiciones de dominación se volvían más profundas, limitando las opciones de decisión soberana de los países de la región, en razón de la situación que cada uno ocupaba en el mercado mundial y en injusta la división mundial del trabajo, situación que se determinaba además por la existencia de un mundo unipolar y hegemónico, que no presentaba otras salidas y más bien acrecentaba el temor a la reacción de la maquinaria militar imperialista, sobre esto Bidegain (1980) realiza una muy clara aproximación :

De acuerdo a la división internacional del trabajo, es casi imposible para un país del Tercer Mundo ensayar un programa de desarrollo sin encontrar problemas con su balanza de pagos. Esto debido a diversos factores: la deterioración de los términos de cambio, la gran proporción de los ingresos de exportación que son destinados al pago de la deuda exterior y en beneficio de las inversiones externas, la gran proporción de bienes manufacturados provenientes de la importación, etc. Temprano o tarde, estos países tienen necesidad del financiamiento externo bajo forma de préstamos o de inversión extranjera. (Bidegain, 1980)

De esta manera los países periféricos, sin otras opciones que depender del crédito de los organismos multinacionales, o de inversores privados que exigen a su vez, el establecimiento de condiciones legales supranacionales que se adecuen al modelo neoliberal imperante, como es el caso de los TBI, se sitúan por la fuerza en una situación de desventaja y en un posicionamiento dependiente en el mercado mundial, volviéndose necesario el generar políticas y normas para el aperturismo y liberalización económica y de soberanía, so pena de quedarse relegados del esquema mundial de empréstitos e inversiones.

Por ejemplo él en caso de Ecuador, tempranamente ya en 1985 bajo el gobierno de León Febres Cordero, se exigiría incluso la liberalización de la inversión extranjera a nivel regional en el concierto del Pacto andino, como lo recoge una noticia del diario El PAIS que a la fecha manifestaba:

El Gobierno ecuatoriano de León Febres Cordero ha amenazado con abandonar el Pacto Andino antes del fin del año en curso, a menos que esta organización introduzca modificaciones sustanciales, en el sentido de una mayor liberalización en el tratamiento otorgado a las inversiones extranjeras. Quito quiere impulsar la inversión extranjera en su territorio, para lo que choca con la rígida Decisión 24 del Acuerdo de Integración. (Gorriaran, 1985)

La nota de prensa a la vez, detallará que:

El Gobierno de Febres Cordero introdujo algunas variantes en la aplicación de la decisión 24, haciendo uso de las facultades de excepción de la propia norma, según se asegura en círculos oficiales. Entre ellas, se dejó sin límite el porcentaje de los beneficios que un empresario extranjero puede remitir a su país por una inversión en Ecuador. El techo, según la regulación 24, es de 30% sobre la inversión. De esta manera se deja abierta la posibilidad de planteamientos concretos de empresarios que desean invertir en Ecuador. (Gorriaran, 1985)

No es de extrañar entonces que posteriormente en la discusión y debate de la Asamblea Constituyente de 1997 se procediera a disponer normas favorables a la inversión extranjera a nivel constitucional, cambiando incluso el paradigma constitucional en torna a la supremacía de la constitución sobre los instrumentos internacionales.

Dos claros ejemplos de estos hechos se encuentran plasmados, en el artículo 271 de la Constitución de 1998 al determinar que “*El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.*” (Constitucionde la República del Ecuador, 1998)

Garantizando entonces mediante este artículo, la capacidad de los inversionistas de demandar al Estado ecuatoriano en base a los contratos particulares que se hayan realizado entre estos y el Ecuador ante tribunales de arbitraje internacional como el CIADI, u otros, reconociendo a los contratos celebrados por el Estado ecuatoriano como contratos de índole privada o “*iure gestionis*”¹⁹ y por tanto no como actos de

¹⁹ El concepto de “*iure imperii*” como ejercicio del poder soberano, se diferencia del concepto de “*iure gestionis*”, en que este último establece que los contratos celebrados por un Estado con grupos inversores y con organismos financieros, se entienden son firmados por el Estado no obrando en ejercicio de su soberanía, sino contratando como una entidad comercial convencional, siendo esos convenios actos

Estado o actos soberanos “iure imperii”, volviéndolos susceptibles de que sus controversias se resuelvan en una jurisdicción ajena a la jurisdicción nacional.

Esta prórroga de jurisdicción que se posibilita en base al artículo 271 de la Constitución de 1998 se encontraba categóricamente prohibida en la Constitución de 1978 en sus diversas codificaciones, así por ejemplo en la codificación de 1997, se establecía en el artículo 16 que:

Los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales. (Constitución de la República del Ecuador, 1998)

Esta relativización de la soberanía ecuatoriana, se evidencia también en el artículo 272 de la Constitución de 1998 al determinar qué:

La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. (Constitución de la República del Ecuador, 1998)

Como podemos advertir entonces, existe una gran diferencia de lo contemplado en la Constitución de 1978 en sus diversas codificaciones, no se menciona la supremacía constitucional sobre los tratados y acuerdos internacionales, determinando la posibilidad de que la normativa internacional consagrada en los instrumentos internacionales, tenga plena vigencia en nuestro país, aún a despecho de su incongruencia con la normativa constitucional.

Este proceso de implementación de políticas y normas para el aperturismo y liberalización económica y de soberanía del Estado ecuatoriano, será finalmente eliminada por la expedición de la Constitución de 2008, normativa constitucional que significó un verdadero cambio estructural del Estado ecuatoriano, pues transformó totalmente el paradigma político y económico del país.

Lo dicho se puede expresar en distintos ámbitos, partamos por ejemplo en el análisis de la concepción que se hace de la economía en la Constitución de 2008 frente a la Constitución de 1998 y de la Constitución de 1978.

meramente comerciales, y en consecuencia susceptibles de ser juzgados en la jurisdicción que se pactara en los mismos.

La Constitución de 2008 en su artículo 283 establece que:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

En términos de Coraggio (2011) Economía Social y Solidaria es un sistema económico que

Ha venido desarrollándose a partir del reconocimiento de las prácticas de trabajo mercantil auto gestionado y del trabajo de reproducción de las unidades domésticas y comunidades mediante la producción de valores de uso (en el límite: prácticas de sobrevivencia) y de admitir que la inclusión por vía del empleo en el sector capitalista ya no es una opción factible para las mayorías. Plantea que toda economía es una construcción social y política (no hay economías “naturales”) y que la que vamos a tener no puede dejarse librada al juego de fuerzas asimétricas imperante.

Su adjetivación como economía “social” significa que todos los hechos económicos son hechos sociales, en los que se juega la multidimensionalidad de la sociedad humana: lo económico no puede existir fuera de la naturaleza, sin lo material, pero tampoco fuera de lo simbólico, la cultura y la política; pretender lo contrario es propiciar, como el neoliberalismo, que se liberen automatismos que han mostrado ser destructivos de la vida. Los actos económicos hacen a la sociedad así como en ellos concluyen múltiples instituciones, no reducibles a una dimensión económica. Por tanto, actuar racionalmente excluye acciones interesadas que destruyen la vida en sociedad (Coraggio, 2011)

Por su parte la Constitución de 1978 determinaba que el sistema económico del Ecuador era un sistema de “mercado”, transformándose en 1998 en un sistema económico que de acuerdo a su artículo 242, la economía debía responder a los principios de “*eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios: y a la propiedad de los medios de producción.*” (Constitucionde la República del Ecuador, 1998)

Tanto la Constitución del 78 como la Constitución del 98 (aunque recogiendo presupuestos más progresistas como la igualdad de derechos y oportunidades y la dignidad como fin de la economía), se enmarcan en los postulados de la economía neoliberal clásica, sustentada en el sistema de mercado, entendido como aquel “*sistema*

económico en el que los medios de producción son de propiedad privada. Sistema económico descentralizado en el que las decisiones se adoptan para obtener el máximo beneficio o lucro, se utilizan los precios como señal informativa y el mercado como mecanismo general de coordinación.” (Gran Enciclopedia de Economía)

Aunque parecería tratarse de una diferencia meramente doctrinaria, la realidad de los conceptos anteriormente mencionados es diferente, pues son mutuamente excluyentes y determinan un tipo de Estado radicalmente diferente en cada caso, así mientras la economía social y solidaria determina que la economía es un medio que debe estar en función del ser humano, tomando como elementos principales al trabajo social y el valor de uso de los bienes, reconoce la necesidad de una economía redistributiva y solidaria, la economía de mercado tienen como objetivo fundamental el lucro y la acumulación de capital, sentando como único instrumento de coordinación al mercado y su famosa mano invisible en detrimento de la panificación y la redistribución, plantea el crecimiento asimétrico de la economía y la hegemonía sobre la propiedad de los medios de producción.

En relación a la economía de mercado Coraggio (2011) nos dice que:

Apunta a la mercantilización no sólo de la reproducción sino de todas las relaciones humanas. En tanto su sentido intrínseco no es la reproducción de la vida sino la acumulación de capital, excluye masivamente a los sectores que no son exitosos en la competencia mercantil, utiliza irracionalmente los que define como recursos naturales, generando a la vez la nueva cuestión social y la cuestión de la sustentabilidad de la vida en el planeta. Mientras mercantiliza todo lo que puede ser organizado como negocio privado, pasa a la esfera privada, como responsabilidad individual, la reproducción de los trabajadores. Se profundiza así un proceso nunca acabado de acumulación originaria, utilizando el dominio violento, los métodos de la hegemonía y la separación operada por el mercado entre producción y reproducción. (Coraggio, 2011)

La creación de un sistema de economía social y solidaria por la Constitución de 2008 significó la creación de un modelo económico y estatal absolutamente divergente del anterior modelo sustentado por las constituciones de 1998 y de 1978, planteando un nuevo paradigma económico alejado de los principios del mercado muy vigentes anteriormente en el país, el nuevo paradigma económico invalidó el paradigma del mercado, poniendo en evidencia la existencia de dos sistemas excluyentes el uno del otro y por tanto contrapuestos a nivel ideológico, político, jurídico el uno del otro.

Este cambio de paradigma determinó que la Constitución de 2008 desarrolló toda una nueva batería de normas sobre la aprobación de tratados internacionales, enmarcadas en el nuevo espíritu del Estado ecuatoriano que dio gran énfasis a la soberanía nacional, así por ejemplo en el artículo 418 de la Constitución, se establece como potestad del

Presidente de la república la suscripción y ratificación de los tratados e instrumentos internacionales.

Sin embargo, dicha suscripción es válida tan solo si la misma ha sido notificada a la Asamblea Nacional, detallando expresamente el carácter y contenido de cada tratado, estableciendo además un periodo de diez días posterior a la notificación a la Asamblea Nacional, para la ratificación de todo tratado internacional, prescribiendo de esta manera una suerte de control legislativo a la potestad presidencial, evitando la discrecionalidad contemplada en las anteriores Constituciones.

La Constitución de 2008, al igual que su predecesora de 1998, establecieron una categorización de tratados que de acuerdo a su importancia y relación con su afectación a la soberanía nacional, deben ser conocidos y aprobados por la función legislativa, categorización que en el caso de la Constitución de 2008 tiene una mayor amplitud, pues en su artículo 419, establece que:

La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

- 1. Se refieran a materia territorial o de límites.*
- 2. Establezcan alianzas políticas o militares.*
- 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.*
- 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.*
- 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.*
- 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)*

Como podemos observar, la normativa constitucional de 2008 mantiene criterios de la Constitución de 1998, tales como la necesidad de aprobación legislativa de los tratados que se refieran a materia territorial o de límites, que establezcan alianzas políticas o militares, que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley, que se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución, que comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio, y que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

Pero a la vez, en base al paradigma ideológico-económico del Buen Vivir y de un modelo de economía social y solidaria, la Constitución de 2008 extiende su abanico de control legislativo a todos aquellos tratados que puedan significar una lesión a la soberanía nacional desde el punto de vista económico o que puedan afectar a las

políticas públicas, en detrimento del Buen Vivir en el país, estableciendo necesariamente un condicionamiento a toda política económica extranjera, incluida por supuesto la inversión extranjera y por ende los TBI.

Más aun, la Constitución de 2008 impone con claridad, requerimientos a la inversión que ingrese a nuestro país, por ejemplo en el artículo 339 se prescribe que:

Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

(Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Lo expresado claramente compromete a la inversión extranjera a sujetarse a las condiciones de entrada impuestas por la Constitución, esgrimiendo así una normativa que permite al Ecuador determinar en razón de su soberanía, el tipo de inversión extranjera que desea se asiente en el país, prohibiendo por tanto, que en base a tratados internacionales se menoscabe de alguna manera derechos consagrados en la Constitución como, “*el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos*” (Constitucion de la República del Ecuador, 2008).

En este sentido, se precautela la soberanía nacional, tomando en cuenta que además se determina, que deberán ser aprobados por la Asamblea Nacional todos aquellos tratados que de alguna manera se ligen con el patrimonio natural, el agua, la biodiversidad y el patrimonio genético, fijando de este modo, limites soberanos al accionar de empresas transnacionales que de alguna manera puedan comprometer el ejercicio de los derechos de la naturaleza y soberanos sobre estos recursos, considerados vitales para el país.

Otro importante ejercicio de control soberano es que la Constitución 2008 establece la posibilidad de que sea el propio mandante quien ratifique convenios o acuerdos internacionales mediante referéndum, convirtiendo a este acto en el acto de validez absoluta al ser ratificado un tratado mediante el ejercicio democrático directo del soberano del país.

3. Análisis de constitucionalidad.

Como hemos anotado anteriormente, para que un tratado internacional tenga validez tanto nacional como internacional, este debe ser ratificado adecuadamente, ratificación que en términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe realizarse de acuerdo al procedimiento interno de cada país, respetando a su vez las normas del Derecho Internacional. (Convención de Viena, 1969)

En el caso ecuatoriano las normas para la entrada en vigencia de un tratado internacional se encuentran contempladas en la Constitución, normativa que determina la necesidad de aprobación legislativa como un requisito previo a la ratificación de convenios internacionales en el país, hecho jurídico que se ha mantenido en su plano general, invariable respecto a las Constituciones de 1978, 1998 y 2008.

Con anterioridad habíamos mencionado también, que tanto la Constitución de 1998 como la Constitución de 2008, en un ejercicio pragmático, llevaron a la generalidad la necesidad de aprobación de todo tipo de tratado de tratado internacional que imponía la Constitución de 1978, como requisito previo a la ratificación a un plano mucho más restringido, al determinar taxativamente los tratados internacionales que necesitarían de la aprobación legislativa para su validez.

Esta limitación de la aprobación legislativa a determinados tratados, no difiere sin embargo del principio general que solventa este trámite, principio que radica en la supremacía constitucional y que mediante la aprobación legislativa de los tratados internacionales busca salvaguardar la integridad constitucional, haciendo de esta aprobación un trámite mediante el cual los legisladores deben verificar que los tratados internacionales no se encuentran en contraposición con la norma constitucional ecuatoriana.

Recordemos que tanto en la Constitución de 1978 en su codificación de 1997, como en la Constitución de 1998 el Congreso Nacional era el organismo competente para la interpretación de la Constitución, pues en la Constitución de 1978 en su codificación de 1997, en su artículo 82 literal c, determinaba como función del Congreso Nacional la de *“Interpretar la Constitución y las Leyes”*, mientras que la Constitución de 1998 a su vez, establecía en su artículo 130 numeral 4, que será potestad del Congreso *“Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria.”* (Constitución de la República del Ecuador, 1998)

Instituyendo mediante esta noción a este organismo (Congreso Nacional) con la facultad de determinar las posibles incoherencias y faltas que un tratado internacional podría determinar para con la Constitución.

Por su parte la Constitución de 2008 realiza una modificación en cuanto a la autoridad de interpretación constitucional de la función legislativa, otorgando esta potestad a la

Corte Constitucional, organismo que según su artículo 429, “*es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.*” (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Esta transmisión de potestades que realiza la Constitución de 2008, desde la función legislativa a la Corte Constitucional, no obvió sin embargo, que aún se considera como función privativa de la Asamblea Nacional, la aprobación de ciertos tratados internacionales que por sus características podrían implicar afectaciones a la soberanía nacional.

En este sentido, la Constitución de 2008 va más allá de haber debilitado el control constitucional en la aprobación de tratados internacionales, lo que ha hecho en realidad es reforzar este procedimiento de control mediante la participación de dos instituciones estatales, una de las cuales (Corte Constitucional), se encuentra por definición especializada en la realización del control constitucional necesario, como requisito previo para la aprobación de un tratado internacional, control que a su vez será corroborado por la función legislativa, ya en el momento propio de la aprobación.

Este doble control se sustenta en la Constitución de 2008 en su artículo 438, pues claramente determina 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.*” (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

En este caso, la Constitución emplea erróneamente el término ratificación, confundiéndolo con la aprobación previa que si es potestad de la Asamblea Nacional, sin embargo el espíritu de esta disposición es claro, y el mismo consiste indudablemente, en establecer como requisito fundamental para la validez de un tratado internacional, el que este se encuentre en total acuerdo con la Constitución vigente.

Esta noción ya se encontraba presente en las constituciones de 1978 y 1998, a través del informe que debía ser presentado a votación para el pleno del Congreso Nacional por la comisión legislativa que conocía el tratado internacional (Comisión De relaciones Internacionales o Asuntos Internacionales), informe que de acuerdo al reglamento interno de la función legislativa, debía contener un análisis de la constitucionalidad del tema tratado por la comisión legislativa.

Lastimosamente los informes presentados ante el Congreso Nacional para la aprobación de los TBI con los Estados Unidos y China, carecen de cualquier análisis en este sentido, siendo informes por demás escuetos y que en ningún momento comparan la normativa constitucional vigente al momento, con las clausulas sustantivas de los Tratados que se iban a aprobar. En el caso del TBI con China, se aprueba dentro de un

“combo” de 7 TBI presentados a conocimiento del Congreso Nacional de la época, en base a un escueto informe con un análisis general de todos ellos.²⁰ Este accionar del Congreso de aquel entonces, si bien cumple en la formalidad con el trámite de aprobación de un tratado internacional, deja mucho que desear con el fondo y accionar ético de los Legisladores de aquel entonces.

Pese a esto, ahora si contamos con una herramienta que nos permite analizar una posición constitucional oficial sobre los TBI en nuestro país, esta herramienta son los dictámenes realizados por la Corte Constitucional durante el proceso de denuncia de los TBI que siguió la Asamblea Nacional recientemente, por lo que a continuación analizaremos a la luz del Derecho Internacional y Constitucional, estos pronunciamientos de la Corte Constitucional tomando en cuenta que los mismos representan la posición oficial del Estado Ecuatoriano sobre la constitucionalidad de este tipo de tratados.

4. Análisis de la suscripción, aprobación de los TBI con los Estados Unidos de Norte América y la República Popular China.

Una vez que hemos comentado los procedimientos constitucionales prescritos para la suscripción, aprobación y ratificación de tratados internacionales, observaremos el procedimiento en relación directa con el trámite efectuado para la validez de dos TBI con nuestros principales socios comerciales en la actualidad, los Estados Unidos y China.

4.1. Suscripción.

El TBI, entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República del Ecuador, fue suscrito el 5 de Octubre de 1993 en la ciudad de Washington, por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores Diego Paredes en nombre del Ecuador y el embajador Rufus Yerxa, representante comercial del gobierno de los Estados Unidos.²¹

Por su parte la suscripción del TBI con la Republica China se realizó el 21 de marzo de 1994 en la ciudad de Beijín, suscribieron este tratado el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador Diego Paredes y el Ministro de Comercio de China Shi Guang Sheng, en representación del gobierno Chino.

Recordemos que la Constitución de 1978 en vigencia a la fecha determinaba como potestad del Presidente de la Republica la suscripción y ratificación de tratados internacionales, atribución que discurrimos fue delegada al Ministro Paredes para la suscripción del TBI, de acuerdo al manual de tratados de la ONU, *“El Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores pueden firmar un tratado o*

²⁰ Ver anexo acta de aprobación TBI China-Ecuador.

²¹ Ver anexo documentos TBI USA- Ecuador.

realizar cualquier otra acción relativa a un tratado en nombre del Estado sin que se requiera un instrumento de plenos poderes.” (Naciones Unidas O. O., 2001)

Acorde al Derecho Internacional, la actuación del Ministro Paredes, por su parte y del Gobierno Norteamericano estaban respaldadas, pues el Gobierno Norteamericano que otorgo plenos poderes²² al representante comercial Rufus Yerxa, otorgándole de esta manera capacidad para suscribir el Convenio en nombre de los Estados Unidos, de acuerdo con lo que estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que en su artículo 7 manifiesta que:

Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

- a) Si presenta los adecuados plenos poderes; o,*
- b) Si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes. (Convencion de Viena, 1969)*

En el caso de la actuación del Ministro de Comercio Chino, no se ha conseguido en esta investigación determinar la existencia de una credencial de plenos poderes del Gobierno Chino, pero existe un documento oficial²³ que abaliza el cumplimiento de todos los procedimientos necesarios, para la validez del TBI firmado entre Ecuador y China, por lo que se reputa que el otorgamiento de los plenos poderes debió existir pues de lo contrario dicha ausencia de formalidad, hubiera significado la invalidez del tratado haciendo imposible su depósito.

Justamente el manual de tratados de la ONU determina que “La firma de un tratado sin plenos poderes adecuados no es aceptable.” (Naciones Unidas O. O., 2001), por lo que resulta poco probable, que la Cancillería China firmara un tratado que quedaría inmediatamente sin efecto, dándose el lujo incluso de enviar documentos oficiales reiterando su depósito y ratificación.

Ahora bien, de acuerdo a la norma constitucional ecuatoriana la suscripción como habíamos visto, no es sino el inicio del proceso de aceptación de las obligaciones y vigencia de los tratados en nuestro país, norma que tienen concordancia directa con lo dispuesto en la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al establecer que:

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la

²² Ver anexo documentos TBI USA- Ecuador.

²³ Ver anexo documentos TBI China - Ecuador.

ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido. (Convención de Viena, 1969)

En el caso ecuatoriano como hemos anotado anteriormente, la Constitución de 1978 prescribía que para que un tratado tenga vigencia en el territorio nacional era necesaria su suscripción, aprobación y ratificación, hecho que denota que la firma del tratado es equivalente tan solo al acto de suscripción del mismo, acto por el cual el Estado ecuatoriano no contrae ninguna obligación determinada por el instrumento internacional firmado sino hasta su ratificación.

En consonancia con lo anotado, el Manual de tratados de la ONU determina que:

En los tratados multilaterales se prevé habitualmente su firma sujeta a la ratificación, aceptación o aprobación (llamada también firma simple). En tales casos, un Estado signatario no adquiere obligaciones jurídicas positivas en virtud del tratado en el momento de su firma. Sin embargo, la firma indica la intención del Estado de tomar medidas para expresar su consentimiento en obligarse por el tratado en una fecha posterior. La firma crea también la obligación, en el período comprendido entre la firma y la ratificación, aceptación o aprobación, de abstenerse de buena fe de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado. (Naciones Unidas O. O., 2001)

Por lo expuesto, podríamos afirmar entonces que el acto de firmar los TBI con USA y la China, se trató de un simple acto de firma del Ministro Paredes, al no estar autorizado por la Constitución de la época, cualquier otro tipo de acto de accionar por parte de funcionario alguno del Estado ecuatoriano.

4.2. Aprobación.

Es interesante advertir que tanto, la Constitución vigente en aquel entonces²⁴, la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el reglamento Interno de la Función Legislativa, no determinaban un procedimiento específico para la aprobación de tratados internacionales por parte del Congreso Nacional, el hecho de no contar con un procedimiento específico y especial para este acto legislativo, plantea la disyuntiva de si los tratados internacionales requieren para su aprobación del trámite general dispensado a los proyectos de Ley o si a su vez la falta de un procedimiento definido, implicaba que no eran necesarias las solemnidades requeridas para la aprobación de un proyecto de Ley por parte del Congreso Nacional.

²⁴ Constitución de 1978 codificación de 1993.

Por ejemplo, la aprobación del TBI firmado con los Estados Unidos fue realizada por el Congreso Nacional del Ecuador, tras aproximadamente un año de su suscripción, este instrumento internacional fue discutido en varias sesiones del Congreso Nacional.

En la primera sesión²⁵ la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales presentó un informe a discusión del pleno²⁶, informe en que se detallaba el análisis realizado por la Subcomisión de Convenios y Tratados Internacionales del TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador, este accionar guarda correspondencia con lo determinado por el reglamento interno de la Función Legislativa²⁷ que en su artículo 85 estipulaba que: “Las sesiones del Congreso Nacional tendrán un Orden del Día, en el que constaran todos los asuntos a conocerse en la sesión.”, orden del día que entre otras cosas, contemplaba conocer los informes de comisiones que no se refieran a los proyectos de Ley y que se discutían en orden de su presentación.²⁸

La presentación de los informes de las comisiones especializadas permanentes se encontraba normada por el artículo 92 del Reglamento Interno de la Función Legislativa, estableciendo que:

Los informes de las comisiones especializadas permanentes se referirán obligatoriamente tanto a la constitucionalidad como a la conveniencia de los proyectos de leyes, decretos o asuntos sometidos a su estudio, expresando las observaciones que juzguen necesario introducir y síntesis de los criterios y las impugnaciones o enmiendas planteadas por los legisladores. (Reglamento Interno, 1993)

Un principio que podría dar luz sobre estas contradicciones, se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en el Código Civil, que en su título preliminar establece los principios de interpretación de la Ley, así en el artículo 18 del mencionado Código en su literal 7^a se establece que “*A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal*”.

En tal virtud, no es ilógico pensar que al existir normas concernientes a la aprobación de proyectos de Ley, función principal y general del Congreso Nacional, sean estas mismas normas las que rijan para la aprobación de proyectos especiales como es el caso de los tratados internacionales, que no contemplaban ley o norma específica para su aprobación, en la Constitución de 1978, en la Ley Orgánica de la Función Legislativa o en el reglamento de la Función Legislativa.

²⁵ 1 de septiembre de 1994.

²⁶ Ver anexo Acta de Aprobación TBI USA-Ecuador.

²⁷ Este reglamento se encontró vigente desde 1993 hasta el año 2009.

²⁸ Ver artículo 86 Reglamento Interno de la Función Legislativa. (1993-2009)

De acuerdo a este razonamiento entonces, los tratados internacionales al igual que los proyectos de ley deberían contar con las solemnidades prescritas por el artículo 68 de la Constitución en su codificación de 1984, que determinaba que:

La aprobación de una ley exigirá su discusión en dos debates. Antes del primer debate se dará lectura al proyecto y los diputados podrán hacer las observaciones a que hubiere lugar. Ningún proyecto de ley o decreto podrá discutirse sin que su texto haya sido entregado con quince días de anticipación a cada diputado. (Constitucion de la Republica del Ecuador, 1984)

Razonamiento que encuentra fundamento además, en el inciso 4 del mismo artículo 68 de la mencionada constitución, al señalar que “*Los actos legislativos que no creen o extingan derechos, ni modifiquen o interpreten la ley, tendrán el carácter de acuerdos o resoluciones.*” (Constitucion de la Republica del Ecuador, 1984), cabe señalar que los acuerdos o resoluciones, se aprobaban mediante un solo debate.

En tal sentido, al hablar de tratados internacionales, de ninguna manera podemos hablar de acuerdos o resoluciones ya que estos instrumentos internacionales cobran plena vigencia normativa en el país tras su aprobación y por tanto pueden modificar leyes y generar o extinguir derechos.

Por lo que, necesariamente entonces, la aprobación de los tratados internacionales de ser equipara como un acto legislativo que debía realizarse mediante dos debates, en un mecanismo análogo a la aprobación de otros actos legislativos que crean o extinguen derechos o modifican o interpretan la ley, como son los proyectos de ley.

Sin embargo, si analizamos las actas de la sesión en que se aprobaron tanto el TBI firmado con los Estados Unidos, como el TBI firmado con China, podemos determinar que para los Legisladores de la época, la aprobación de tratados internacionales se entendía como un mero acto declarativo que debía aprobarse en un solo debate, equiparando al acto legislativo de aprobación de un tratado internacional, con las resoluciones del Congreso Nacional²⁹.

Como se advierte en el acta de aprobación del TBI con los Estados Unidos tras la lectura del informe de la Comisión Especializada de Relaciones Internacionales, el Presidente del Congreso procede sin mediar un segundo debate, a la votación directa

²⁹ La Ley Orgánica de la Función Legislativa de 1992, determinaba que el Congreso Nacional “manifiesta su voluntad mediante leyes, decretos, acuerdos y resoluciones [...] Se denominarán acuerdos a las decisiones que tengan el carácter de actos discrecionales o constituyan actos meramente enunciativos o declarativos.[...] Se denominarán resoluciones a las decisiones que constituyan actos reglados y aquellos que normen asuntos de trámite.” (Funcion Legislativa, 1992)

para la aprobación del instrumento internacional³⁰, sin mediar segundo debate y obviándose toda solemnidad requerida para la aprobación de un proyecto de ley.

Aprobación que al parecer no respondía a ningún trámite o procedimiento específico, pues será justamente sometida a reconsideración por parte del Diputado Diego Delgado Jara, quien considera este acto legislativo, como carente de las formalidades necesarias para la aprobación de instrumentos internacionales, considerando que se ha violentado el procedimiento de aprobación, pues en ningún momento de la sesión se ha leído el articulado del Convenio, aprobándose un tratado internacional del que los Diputados desconocían por su contenido.³¹

Esta afirmación del diputado Delgado Jara, muestra que de ninguna manera la aprobación de los TBI con Estados Unidos, siguió el procedimiento para la aprobación de los proyectos de ley, que determina la necesidad de que los informes preparados por las comisiones especializadas, sean conocidos con anticipación al debate por parte de los diputados, informes que además obligatoriamente, deben contener referencias a la constitucionalidad y conveniencia de los asuntos sometidos a su estudio.

El informe de la Comisión Especializada de Asuntos Internacionales sobre el TBI con los Estados Unidos decía que:

Los miembros de la Subcomisión de Convenios y Tratados Internacionales, hemos analizado el “Convenio entre la República del Ecuador y la Republica de los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección recíproca de Inversiones” y previo al informe favorable del asesor opinamos que es pertinente que nuestro país apruebe dicho convenio, en aras de precautelar nuestros intereses y a favor de la cooperación internacional. Por lo que sugiere a los honorables miembros de la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales, emite informe favorable de este instrumento internacional a fin de que el H. Congreso Nacional apruebe de conformidad al Artículo 59 literal h) de la Constitución Política del Estado. Atentamente, Honorable Carlos Vallejo, Honorable Washington Faytong, Honorable Pedro Vélez y Honorable Jaime Rodríguez. (Congreso Nacional, 1994)

Informe que podemos constatar incumple con los requisitos impuestos a la presentación de informes de comisiones especializadas, pues de ninguna manera fundamenta la constitucionalidad del Convenio, menos aún su conveniencia, contenidos obligatorios tanto para proyectos de ley, como para acuerdos o resoluciones, de conformidad con lo que determina el artículo 92 del Reglamento Interno de la Función Legislativa. El mencionado informe contenía incluso errores como el sustentar la aprobación del

³⁰ Ver anexo Acta de Aprobación TBI USA-Ecuador.

³¹ Ver anexo Acta de Aprobación TBI USA-Ecuador.

Convenio en el literal h) del artículo 59 de la Constitución en su codificación de 1984, que expresa la facultad del Congreso Nacional de nombrar al Contralor General, al Procurador General, al Ministro Fiscal y a los Superintendentes de Bancos y de Compañías.

Sin embargo, será el propio diputado Delgado Jara quien exprese la consideración general de que el acto legislativo de aprobación de un tratado internacional se considera como un acto legislativo de tipo resolutivo del Congreso Nacional, tal característica la expresa el diputado Delgado Jara al manifestar en la sesión del 4 de octubre de 1994 sobre la aprobación del TBI con los Estados Unidos, solicito la reconsideración de la aprobación de dicho instrumento internacional del 1 de septiembre de 1994, en razón de que se trata de una acto legislativo que al no ser Ley ni Decreto puede ser reconsiderado en la sesión siguiente³².

Si recordamos, la Ley Orgánica de la Función Legislativa establecía como actos legislativos que nos son ni leyes ni decretos, a los acuerdos y resoluciones, entonces bien podríamos decir que el trámite para la aprobación de tratados internacionales, consideraba el mismo trámite que el de la aprobación de acuerdos y resoluciones, es decir su aprobación en un solo debate.

Esta consideración de la aprobación de tratados internacionales como actos declarativos o de trámite del Congreso Nacional, lo podemos encontrar también en la aprobación del TBI suscrito con China, aprobación que se desarrolló el 21 de mayo de 1997, y que consta en el acta número 16 de la misma fecha del Congreso Nacional. Este TBI presenta la particularidad de haber sido aprobado en conjunto con varios TBI, como parte de un solo informe presentado por la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales.

En este caso el informe de la Comisión, es un informe de tipo general, donde al igual que con el informe del TBI con los Estados Unidos, no describe ni ahonda de ninguna manera, en un análisis de la constitucionalidad de los acuerdos internacionales, menos aún al tratarse de un informe general sobre 7 TBI que se aprobaron en conjunto.

En cuanto al procedimiento, el Congreso Nacional repite el trámite realizado con el TBI con los Estados Unidos, siendo aprobado el informe de la comisión en un solo debate, por tanto, la aprobación del informe se consideró como la aprobación de los 7 TBI contenidos en el mismo, sin que se haya realizado un lectura o descripción de los contenidos de cada uno de los convenios a ser aprobados, lo que denota que la visión de los legisladores de la época contemplaba que la aprobación de instrumentos internacionales era considerado como un acto legislativo de tipo resolutivo por el

³² Ver anexo Acta de Aprobación TBI USA-Ecuador.

Congreso Nacional, pues en ningún momento existen impugnaciones a la formalidad de los procedimientos de aprobación, pese a que a mi criterio, los informes de las comisiones no reúnen los requisitos planteados por el artículo 92 del Reglamento Interno de la Función Legislativa.

Es a partir de la Constitución de 2008, que se establece un procedimiento más claro de aprobación de los tratados internacionales, partiendo en primer lugar por establecer la determinación constitucional de los tratados internacionales que requerían de aprobación por parte de la Asamblea Nacional, de igual manera en la Ley Orgánica de la Función Legislativa³³, que en su artículo 108, en referencia a los tratados que requieren aprobación de la Asamblea Nacional señala que:

En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen.

En este caso, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, verificará la documentación correspondiente y remitirá el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno.

La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional. (Legislativa, 2009)

Poniendo entonces en claro, mediante este articulado el procedimiento necesario para la aprobación de los tratados internacionales en el país.

Como podemos claramente advertir entonces, a diferencia de las anteriores Constituciones, principalmente de la Constitución en su codificación de 1984, que fue la Constitución vigente al momento de aprobar los TBI con Estados Unidos y China, para que el mecanismo de aprobación legislativo de estos convenios entre en funcionamiento, es necesaria una validación previa de constitucionalidad del tratado por parte de la Corte Constitucional, estableciendo un potente mecanismo de control constitucional que puede establecer incongruencias de los instrumentos internacionales con la Carta Magna, evitando de esta manera se produzcan vacíos o altercados normativos y sustentando a su vez, al informe de la comisión especializada, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, como he podido anotar en párrafos anteriores.

³³ Ley publicada en el Registro Oficial Suplemento 642 del lunes, 27 de julio de 2009

Por otro lado, al revisar las resoluciones de aprobación realizadas por la Asamblea Nacional de otros tratados internacionales como por ejemplo, el Convenio No. 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos,³⁴ podemos concluir que el acto legislativo de aprobación de un instrumento internacional se mantiene como un acto legislativo de tipo resolutivo, acto que de acuerdo a la Ley Orgánica de la Función Legislativa de 2009, se aprueba en un solo debate y mediante mayoría simple³⁵, continuando de esta manera con el criterio existente en el Congreso de 1994 y 1997, que aprobaron los TBI de China y Estados Unidos.

³⁴ Ver anexo resolución de aprobación Convenio OIT.

³⁵ Ver artículo 8 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa de 2009.

CAPITULO III

1. Análisis comparativo entre los principios que rigen a los TBI suscritos con los Estados Unidos y China y los principios de la Constitución ecuatoriana.

1.1. Análisis de las cláusulas sustantivas de los TBI suscritos con los Estados Unidos y China.

1.1.1. Introducción.

El Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, en su página web, manifiesta que el gobierno norteamericano realiza sus negociaciones para la suscripción de TBI en base a un TBI modelo³⁶. El mismo que en términos del Departamento de Estado tiene por objetivos:

Proteger la inversión en el extranjero en aquellos países donde los derechos del inversionista no están ya protegidas a través de los acuerdos existentes (como los tratados modernos de amistad, comercio y navegación, o TLC); Alentar la adopción de políticas nacionales orientadas al mercado que tratan a la inversión privada de una manera abierta, transparente y no discriminatoria; y Apoyar el desarrollo de normas de derecho internacional en consonancia con estos objetivos. (State, 2015)

Analizando este postulado, podemos anotar en primer lugar que el TBI modelo de los Estados Unidos busca establecer a nivel multilateral derechos al inversionista extranjero en los términos en que se encuentran establecidos a nivel de acuerdos de libre comercio (TLC, Acuerdos de comercio y navegación), hecho que desde el punto de vista conceptual significa una gran contradicción con los presupuestos constitucionales ecuatorianos.

Como hemos anotado en capítulos anteriores, la Constitución de 2008 plantea un cambio de paradigma económico por fuera de los postulados del libre comercio, no es ocioso volver a señalar lo que nuestro texto constitucional determina sobre la política económica:

³⁶ “The United States negotiates BITs on the basis of a model. The Department of State and the Office of the United States Trade Representative (USTR), working with other U.S. government agencies, completed an update of the U.S. model bilateral investment treaty in April 2012: the 2012 U.S. Model BIT Text. (A press release and fact sheet are also available.)” Tomado el 20 de noviembre de 2014 de la página web del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica. <http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit/>

Reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Noción que ampliamente discrepa con los postulados del libre mercado, en términos de Roberto Bermejo Gómez de Segura (1997):

Adam Smith inicia un pensamiento económico que tiende a despreocuparse de los límites físicos, y que culmina con la llamada revolución neoclásica. El crecimiento económico ha sido enorme en los últimos 200 años, y produce ya tales consumos de recursos e impactos ambientales que obligan a tener en cuenta los límites citados. Este hecho ha dado lugar a que se popularice el concepto de desarrollo sostenible. La economía ortodoxa lo está interpretando como equivalente a libre comercio. Sin embargo, el libre comercio es insostenible, porque carece de límites, al impulsar un crecimiento continuo. Por ello, una economía solo será sostenible si co-evoluciona con la naturaleza sin sobrepasar sus límites. (Bermejo Gómez de Segura, 1997)

Por su parte el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 establece que:

El Plan constituye una ruptura conceptual con las ideas del Consenso de Washington,³⁷ con sus políticas estabilizadoras, de ajuste estructural y de reducción del Estado a su mínima expresión, que provocaron una profunda crisis socioeconómica y una gran debilidad del sistema político e institucional de los países latinoamericanos.

El Plan propone una visión del Buen Vivir, que amplía los derechos, libertades, oportunidades y potencialidades de los seres humanos, comunidades, pueblos y nacionalidades, y que garantiza el reconocimiento de las diversidades para alcanzar un porvenir compartido. Esto implica una ruptura conceptual que se orienta por éticas y principios que marcan el camino hacia la construcción de una sociedad justa, libre y democrática. (Plan Nacional Para el Buen Vivir 2013, 2013)

En este sentido, la conceptualización de Buen Vivir rompe de manera clara con las políticas emanadas de la ideología neoliberal (Consenso de Washington) y por tanto

³⁷ En definición del propio Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 el consenso de Washington es : “Salida ideológica a la crisis de la deuda externa de 1982, articulada en un conjunto de «recomendaciones» que los países latinoamericanos debían incorporar a sus políticas económicas, surgida de una conferencia de economistas —la mayoría de ellos vinculados a organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial— realizada por el Institute for International Economics, en Washington, en 1989.”

rompe con la estructura política e ideológica que sustenta el libre mercado, determinando que toda garantía que se entregue al inversionista extranjero debe centrarse en el paradigma del Buen Vivir y no como lo prescribe el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en otorgar garantías vinculadas a la noción de libre comercio.

Siguiendo en el análisis, en segundo lugar podemos anotar que otro de los objetivos del TBI marco de los Estados Unidos es el de alentar la adopción de políticas nacionales orientadas al mercado, como hemos dicho anteriormente el Estado ecuatoriano de acuerdo a su constitución no puede adoptar políticas orientadas al mercado, pues reconoce al ser humano como fin de sus políticas y al mercado tan solo como uno más de los medios, que a través de una relación armónica con la naturaleza, sustentan la reproducción del Buen Vivir.

Cabe recalcar que el TBI con los Estados Unidos, al igual que la mayoría de TBI fueron adoptados por el Ecuador cuando existía un modelo constitucional totalmente distinto al vigente en la actualidad, el cual tenía una clara orientación hacia el libre mercado, por lo que en la actualidad hace imposible su armonización con una orientación constitucional distinta, así como con las políticas de desarrollo del país, haciendo inviable el cumplimiento de los objetivos del TBI marco al interior del país.

Por su parte el TBI suscrito con la República Popular China se sustenta en la política económica china conocida como “Going Global” o volviéndose global, esta noción de política económica orientada hacia la expansión global empezó a desarrollarse a partir de la vinculación formal de la China al mercado mundial, mediante su ingreso a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el año 2001.

Hasta ese entonces la China era una nación orientada hacia el desarrollo económico interior y la producción de manufactura, este cambio de política, posible gracias a la visión estratégica China de priorizar la acumulación de capital y el fortalecimiento de su sistema económico, le permitió que para el 2012, es decir en tan solo 11 años, China se convirtiera en el principal exportador de bienes manufacturados del mundo y para 2013 convertirse en el tercer país más importante inversor del mundo.³⁸

Será justamente en el marco del Congreso Nacional del Pueblo Chino, cuando se desarrolló el Onceavo Plan Quinquenal, que se sientan las bases de las nuevas políticas económicas relacionadas con la estrategia “Going Global”, plan que definía los siguientes aspectos de la política económica China:

Capítulo 37, Sección 1: Poner en práctica la estrategia de "Going Global"

³⁸ Ver página web de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD por sus siglas en inglés) <http://www.oecd.org/china/china-go-global.htm>, acceso realizado el 7 de enero de 2015.

Apoyar a las empresas calificadas para participar en la inversión directa en el exterior y operaciones globales. Dar prioridad a las industrias competitivas, ofrecer orientación a las empresas a participar en el comercio de procesamiento en el extranjero, promover la diversificación de los lugares de origen los productos. Cultivar y desarrollar empresas multinacionales chinas a través de fusiones y adquisiciones internacionales, participación en el capital, la cotización pública, la reestructuración y consolidación, etc.

Mejorar el desarrollo cooperativo de recursos en el extranjero sobre la base de los principios de fortalezas complementarias, la igualdad y el beneficio mutuo. Alentar a las empresas a participar en la construcción de infraestructura en el extranjero, mejorar el nivel de contratación de proyectos en el extranjero, y desarrollar constantemente la cooperación laboral. Mejorar la promoción de las inversiones hacia el exterior y sistema de seguridad, reforzar la coordinación de las inversiones en el exterior, gestión de riesgos y la supervisión de los bienes de propiedad estatal en el extranjero. (The International Institute for Sustainable Development, 2013)

A su vez, esta política se tradujo en 9 principios para la realización de inversión extranjera, que debían ser aplicados por inversores con sede en la República Popular China:

- 1. La insistencia en el respeto mutuo, la igualdad y el beneficio mutuo, la complementariedad y la cooperación de beneficio mutuo.*
- 2. El fortalecimiento de la orientación política, coordinación y estandarización de la distribución ordenada y racional, evitando la competencia desordenada, y la salvaguarda de los intereses nacionales.*
- 3. Mejorar el mecanismo de toma de decisiones, la ejecución de las empresas de inversión en el extranjero, la autonomía de los estudios científicos y la toma de decisiones cuidado y la prevención de la inversión y de funcionamiento de riesgos.*
- 4. Supervisión Fortalecimiento de los activos de propiedad estatal en el extranjero, y la supervisión de los sistemas de evaluación y examen de sonido, el establecimiento de la evaluación de riesgos de seguridad y los sistemas de contabilidad de costes del proyecto, y preservar y aumentar el valor de los activos.*
- 5. Cumplir con las leyes y regulaciones locales, y la adhesión a, contratos de proyectos de obras públicas transparentes justos, hacer un compromiso con el cumplimiento y la responsabilidad social necesaria para proteger los derechos e intereses legítimos de los empleados locales, prestando atención a la protección de los recursos ambientales, el cuidado y el apoyo a la comunidad local y la vida del pueblo.*

6. *El aumento del nivel de los contratos de construcción de proyectos costa afuera, mejorar la calidad y eficiencia de los productos, y mejorar constantemente la competitividad general.*
7. *Potenciar la formación en seguridad, la mejora de los sistemas de responsabilidad producción seguras, aumentar la protección de las empresas de capital extranjero, las instituciones y la seguridad de la propiedad.*
8. *Acelerar la capacitación del personal, prestando atención al cultivo de operar en los talentos internacionales, y mejorar sus capacidades de gestión de las operaciones transnacionales.*
9. *La creación de un entorno favorable para la opinión pública, caminando por el camino de la política de desarrollo pacífico, y la preservación de nuestra buena imagen y una buena reputación corporativa.* (The International Institute for Sustainable Development, 2013)

Como podemos observar la política de inversiones China rescata mucho la cooperación y el desarrollo, destacando el respeto a la legislación nacional, que a diferencia de otras políticas de inversión, establece la amplia posibilidad de que empresas mixtas e incluso contraladas por el Estado Chino, se conviertan en vehículos para la inversión extranjera. Destacando por supuesto que estos mismos intereses se conjugan con un TBI, que al igual que el TBI marco de los Estados Unidos, mantienen estrecha relación con los principios del libre mercado.

En base a lo anotado podemos ubicar que los objetivos propuestos por los TBI tanto el TBI marco de los Estados Unidos, como el TBI de los República Popular China, sustentan su accionar en las cláusulas sustantivas que se recogen al interior de su texto, estas cláusulas si bien son comunes a los TBI en general, como se explicó en el capítulo I de este trabajo, no necesariamente se encuentran en todos y cada uno de los acuerdos, sino más bien revisten características particulares dependiendo del TBI, por tanto procederemos a analizar minuciosamente el texto del TBI con los Estados Unidos, detallando sus principales cláusulas sustantivas.

1.1.2. Análisis de cláusulas sustantivas.

a) Preámbulo.

El preámbulo del TBI suscrito con los Estados Unidos de Norteamérica, se puede definir como la sección donde se encuentran plasmados los principios orientadores de este instrumento internacional, se presenta como una exposición de ideas que vienen a convertirse en el espíritu del tratado, donde las partes exponen sus motivos y anhelos de suscribir el mismo

En lo sustantivo, el preámbulo del TBI con los Estados Unidos plantea que:

La República del Ecuador y los Estados Unidos de América, en adelante, "las Partes";

Deseando promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a las inversiones hechas por nacionales y sociedades de una Parte en el territorio de la otra Parte;

Reconociendo que el acuerdo sobre el tratamiento a ser otorgado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes;

Conviniendo en que, a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones;

Reconociendo que el desarrollo de los vínculos económicos y comerciales puede contribuir al bienestar de los trabajadores en las dos Partes y promover el respeto por los derechos laborales reconocidos internacionalmente (TBI USA, 1993)

Por su parte el TBI con la República China en su preámbulo manifiesta que:

El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China (denominados en lo sucesivo las Partes Contratantes):

En su afán de crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante;

Reconociendo que el fomento, la promoción y la protección recíprocos de tales inversiones conducirán a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados;

Deseando intensificar la cooperación económica de ambos Estados sobre una base de equidad y beneficios mutuos. (TBI China, 1994)

Observando los preámbulos de ambos tratados, podemos colegir que el principal objetivo, el espíritu que las partes plasmaron en estos preámbulos no es otro que propiciar el desarrollo económico de ambas partes mediante el flujo de inversiones, siendo importante destacar que el TBI suscrito con la República Popular China hace énfasis en el establecimiento de una base de equidad y beneficios mutuos, mientras que el TBI suscrito con los Estados Unidos mantiene una visión mucho más orientada al libre mercado.

Contrastando estos preámbulos con nuestra orientación actual de desarrollo, es paradigmático notar que en términos del Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 (en adelante PNBV 2013), la inversión extranjera es considerada en términos muy distantes a los expresados en los preámbulos de los TBI anteriormente mencionados, así mientras en aquellos se contempla que la inversión extranjera y su flujo constituyen una herramienta para el desarrollo, el Plan Nacional para el Buen Vivir manifiesta que:

Históricamente, la inversión extranjera ha sido una herramienta privilegiada de extracción de riqueza y ha generado divisas limitadas en comparación a los recursos extraídos en el proceso. Esto ha sido, en parte, causado por la inexistencia de la transferencia de conocimientos y de tecnologías alrededor de los procesos extranjeros instalados en el país. La falta de reciprocidad, en los términos de intercambio entre recursos nacionales y capitales extranjeros, ha definido relaciones unilaterales en las cuales el Ecuador se ha convertido en un elemento dependiente de procesos exógenos, inclusive sujeto de arbitrajes internacionales con un costo fiscal potencialmente alto. (Plan Nacional Para el Buen Vivir 2013, 2013)

Es decir que en el análisis desarrollado por el PNBV 2013, el Estado ecuatoriano establece que la inversión extranjera no solo no se constituyó en un motor de desarrollo del país, sino que al contrario fue una herramienta privilegiada para el beneficio del capital extranjero en detrimento de los intereses nacionales, manifestando además, que el Ecuador debe optar por un marco de inversión diferente en el que:

La inversión extranjera debe contribuir al desarrollo endógeno del país mediante la diversificación productiva, la generación de valor agregado y la transferencia de conocimiento; es decir, es necesario no sólo diversificar productos y mercados, sino realizar alianzas estratégicas, promoviendo la complementariedad de las economías a través de encadenamientos productivos y reducción de las asimetrías, mediante el reconocimiento de las diferencias en tamaño y desarrollo. (Plan Nacional Para el Buen Vivir 2013, 2013)

En base a lo expuesto, podemos plantear entonces que los TBI suscritos, al menos con los Estados Unidos y la República Popular China, no cumplieron su espíritu, pues si bien la inversión extranjera como tal no constituye un perjuicio para el país, son los términos en los cuales se había venido desarrollando los que eran perjudiciales para nuestro desarrollo, términos que estaban expuestos y plasmados en los diferentes TBI suscritos por el Ecuador.

Ahora bien, desde el Derecho Internacional es importante ubicar cuál es la importancia de los preámbulos en los tratados internacionales, pues se podría pensar que la simple declaración de principios cumple una función de carácter formal, como una costumbre internacional, pero sin ninguna funcionalidad en la realidad; al respecto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados menciona en su artículo 31 que:

1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos.*
(Convención de Viena, 1969)

De acuerdo a lo expresado, un tratado internacional deberá interpretarse tomando en cuenta todo su texto, haciendo que el espíritu del tratado consagrado en su preámbulo sea importante, pues manifiesta de manera clara la intención de las partes y el tenor del compromiso que adquieren; no podemos decir entonces, que visto que los objetivos del preámbulo de estos tratados se vean frustrados, sea noción suficiente para no reconocer las obligaciones del mismo, pero sí constituye un precedente de consideración frente a la posibilidad del cambio de circunstancias, pues demostraría la invariable contradicción entre un Estado anterior que se sujetaba a los motivos expuestos en los tratados, frente a un nuevo Estado que reniega de los mismos.

b) Definición de Inversión.

La definición de inversión es una de las cláusulas más comunes en los TBI, esta cláusula permite determinar lo que a razón de las partes constituye inversión y por tanto que actividades desarrolladas por extranjeros en sus respectivos países, deben ser protegidas y garantizadas mediante los tratados, en el caso de los TBI de Estados Unidos y la China, ambos contienen esta cláusula.

En este sentido, el TBI con los Estados Unidos manifiesta que:

"Inversión" significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:

- i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;*
- ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos;*
- iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;*
- iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:*
 - las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras,*
 - los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,*
 - los diseños industriales,*

- las obras de estampado de semiconductores,
 - los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y
 - las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y
- v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley. (TBI USA, 1993)

Por su parte, el TBI suscrito con la República Popular China establece que:

El Término "inversión" significa todo tipo de activo invertido por inversionistas de una de las Partes Contratantes de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de ésta última, e incluye concretamente, pero sin limitarse a:

- a) bienes muebles e inmuebles, y otros derechos reales tales como prendas e hipotecas;
- b) acciones, capital y cualquier otra clase de participación en compañías;
- c) derechos monetarios o cualquier otra clase de obligaciones que tenga valor económico;
- d) derechos de autor, propiedad industrial, conocimientos técnicos y procesos tecnológicos;
- e) concesiones legales, incluyendo aquellas para la búsqueda o explotación de recursos naturales. (TBI China, 1994)

Como podemos observar, la inversión se puede referir tanto a bienes tangibles, como a bienes intangibles, los mismos que pueden englobar al know how, la propiedad intelectual e incluso los contratos, esta conceptualización abre la posibilidad a que se otorgue protección a inversiones de portafolio o especulativas, gracias a la amplia definición que ambos TBI realizan de lo que puede considerarse como inversión, esto implica una preocupación para el Ecuador en cuanto al control de la salida de divisas y a la posible congregación de capitales golondrina y la inseguridad económica que los mismos suponen.

c) Definición de Inversor.

El objeto de los TBI es proteger al inversionista extranjero, la base esencial de su existencia es constituir una base legal que le otorga garantías al inversionista, que busca aventurarse en un territorio extranjero, para esto y por obvias razones el inversionista que busque encontrarse amparado por un TBI deberá demostrar ser nacional de uno de los estados parte.

Justamente el TBI con los Estados Unidos prescribe que se entenderá como inversor a toda persona que realice una inversión “que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o

sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades” (TBI USA, 1993).

Por su parte el TBI suscrito con China establece que se considerara como inversionista a:

Con respecto a la República Popular de China:

a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular de China;

b) Entidades económicas creadas de conformidad con las leyes de la República Popular de China y domiciliadas en la República Popular de China.

Con respecto a la República del Ecuador:

a) Las personas naturales que tengan la nacionalidad de la República del Ecuador;

b) Las personas jurídicas, sociedades comerciales y demás sociedades y asociaciones que tengan su Sede en el territorio de la República del Ecuador, y que tengan personería jurídica, independientemente de la clase de responsabilidad en sus socios o de la actividad que realicen.

(TBI China, 1994)

Este hecho aunque parece sumamente obvio, presenta algunas dificultades al momento de contar con inversionistas multinacionales que presentan sedes en varios países, así por ejemplo una multinacional que reporta su sede en Suiza por ejemplo, podría en razón de obtener la protección del TBI suscrito con Estados Unidos, cambiar su lugar sede en razón de obtener beneficios como la posibilidad de demandar al Estado ecuatoriano ante un centro de arbitraje internacional.

Existen algunos mecanismos corporativos internacionales relacionados con lo anotado, como la posibilidad de constitución de compañías en un país con la única razón de obtener la nacionalidad corporativa y obtener una posición ventajosa frente al país receptor de la inversión, esta práctica denominada “treaty shopping” es muy frecuente en el campo de los negocios internacionales y es una clara evidencia del abuso que hacen las corporaciones multinacionales de las normas de los TBI.

Bajo esta modalidad un ciudadano de un país con el que el Ecuador no mantiene un TBI, podría a través de la constitución de una corporación nacional de un Estado con el que el Ecuador si mantenga un TBI, demandar al Estado ecuatoriano pese a no ser un verdadero nacional de los estados partes, destruyendo el propósito mismo de creación de los TBI, en cuanto tratados bilaterales.

Lo expuesto genera además una prolongación del acuerdo de dos partes a un acuerdo multilateral de los derechos consagrados en el acuerdo bilateral, pues de no ser controlada o prevenida esta situación, permitiría establecer una suerte de norma general para los inversionistas de cualquier Estado, que tengan la capacidad de constituir empresas en un país con la única intención de obtener ventajas de un tratado del cual su Estado sede nunca fue partícipe, violentando de esta manera la soberanía expresada por los estados que consintieron obligarse no de manera multilateral o a través de un instrumento que prescriba un acceso general a la comunidad internacional a sus beneficios, sino por el contrario un acuerdo entre dos países que se reputa construido específicamente para los dos Estados participantes.

En relación a lo anotado, el TBI con los Estados Unidos genera una cláusula restrictiva en este sentido mencionando que:

Cada Parte se reserva el derecho de denegar a cualquier sociedad los beneficios del presente Tratado si dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país y, en el caso de una sociedad de la otra Parte, si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el cual la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales. (TBI USA, 1993)

d) Trato Nacional.

La cláusula de trato nacional es una de las cláusulas fundamentales del sistema económico mundial, y es reconocida como tal por la OMC, instancia que la define como uno de los principios fundamentales del sistema de comercio internacional.³⁹ Esta cláusula manda a que el Estado receptorista de la inversión adopte una posición anti discriminatoria frente a inversores extranjeros, equiparándoles en trato con los inversionistas nacionales.

El TBI suscrito con la República Popular China, no posee una cláusula de trato nacional específica o que esté determinada de manera clara, sin embargo si toma en cuenta que:

Si el tratamiento que, de conformidad con sus leyes y reglamentos, una de las Partes Contratantes va a acordar a inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante o a actividades relacionadas con dichas inversiones es más favorable que el tratamiento previsto en

³⁹ Ver Pagina Web de la OMC https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm , acceso realizado el 12 de enero de 2015.

este Convenio se deberá aplicar el tratamiento más favorable. (TBI China, 1994)

Por su parte el TBI con los Estados Unidos si menciona que *“Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades.”* (TBI USA, 1993), en una clásica referencia a la cláusula de trato nacional.

Esta cláusula pese a ser un principio del comercio internacional establecido por la OMC, podría llegar a ser problemática si se toma en cuenta el tipo de inversión, así una inversión de tipo productivo de ninguna manera es similar a una inversión financiera o especulativa, en las que el Estado receptor tal vez necesite ejercer mayores controles sobre entidades financieras extranjeras, en razón de salvaguardar la estabilidad económica del país, o que sea necesario establecer ventajas a la producción nacional en razón de sus desventajas proporcionales con la producción extranjera o multinacional que goza de mayores grados de tecnología e inversión y puede quebrar a la producción nacional, medidas soberanas que pueden verse restringidas por este tipo de cláusulas.

Tomando en cuenta que la realidad comercial internacional entre los países, más allá de mantener una igualdad formal de derechos en el campo internacional, presentan amplias diferencias en el grado de desarrollo, hecho que determina que un país de poco desarrollo como el Ecuador no pueda plantearse una justa competencia con países altamente desarrollados o tecnificados como los Estados Unidos y la misma China, por lo que pese a la justicia formal que emana de esta cláusula, debe entenderse que en la práctica no cumple con su objetivo, pues no se concurre a la participación en el comercio en igualdad de condiciones.

e) Trato justo y equitativo

De acuerdo a los autores Rudolph Dolzer y Christopher Schreuer (2008), la cláusula de trato justo y equitativo tiene por objeto *“llenar vacíos que pueden quedar de otras normas más específicas, con el fin de obtener el nivel de protección al inversionista que ofrece el tratado.”* (Dolzer & Schreuer, 2008)

En general esta cláusula prescribe un comportamiento típico al Estado receptor de la inversión, mismo que debe precautelar el incurrir o subsanar cualquier trato discriminatorio que pueda considerarse tanto injusto como equitativo para el inversor, sin embargo, la gran mayoría de TBI realizan una descripción general de justo y equitativo por lo que esta cláusula es bastante ambigua y puede provocar interpretaciones extensivas en lo que respecta a la obligación del Estado receptor de la inversión.

El TBI suscrito con los Estados Unidos en su artículo 2, inciso 3 literal a) expresa que, *“Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.”* (TBI USA, 1993)

Como podemos observar en este TBI, la noción de trato justo y equitativo no se encuentra desarrollada, es decir no expresa que acciones o que omisiones pueden considerarse como injustas o inequitativas, dejando que la valoración de las mismas corresponda en la mayoría de los casos, al criterio de los árbitros internacionales que en la generalidad de ocasiones solventan las disputas internacionales relativas a estos tratados.

Esta situación es recurrente en el caso del TBI suscrito con la República Popular China, instrumento que hace referencia al trato justo y equitativo en su artículo 3, que establece que *“Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.”* (TBI China, 1994)

El principio de trato justo y equitativo ha sido desarrollado en varias ocasiones, por ejemplo, se lo ha tratado a nivel multilateral en organismos como la UNCTAD⁴⁰, que lo considera como uno de los pilares del sistema de TBI a nivel mundial, así como de los métodos de solución de controversias entre inversionistas y Estados. A la vez, este principio ha sido ampliamente debatido en diversos tribunales internacionales, cuya jurisprudencia nos acerca de manera más conclusiva a lo que podemos considerar como trato justo y equitativo.

Así el caso Tecmed vs. México, es considerado como una de las fuentes principales de jurisprudencia en este tema, por su aproximación a un concepto jurídico de trato justo y equitativo en materia de inversión, el tribunal CIADI constituido para resolver las controversias su citadas en este caso, determino varios principios inherentes a considerarse en la interpretación de trato justo y equitativo, así en primer lugar determino que, *“El Tribunal Arbitral estima que la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4(1) del Acuerdo es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional”* (Tecmed contra los Estados Unidos Mexicanos, 2003)

⁴⁰ Ver UNCTAD, Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje, 2010: pagina 2.

En este sentido, el principio de Buena Fe es uno de los principales elementos del Derecho Internacional, así lo sostiene Novak Talavera (2013), quien sostiene que:

La consagración de este principio en el Derecho Internacional encuentra sustento en diversas Convenciones Internacionales. Es el caso de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en cuyo artículo 26 se consagra la obligación por parte de los Estados de cumplir y ejecutar los tratados de buena fe, recogiendo en este punto, la Costumbre Internacional imperante sobre la materia. Asimismo, el artículo 2 (2) de la Carta de la ONU establece que los miembros de la Organización deben cumplir de buena fe las obligaciones que han asumido en virtud de la Carta. Y finalmente, la Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (AG/2625 XXV) extendería años más tarde esta obligación a todos los Estados. (Talavera, 2013)

Como podemos observar, este principio establece que los acuerdos se realizan para ser cumplidos, y por tanto no se reputan los mismos sino como un acto que nace de la voluntad de las partes para realizar todas las circunstancias necesarias para su efectivo cumplimiento y no por el contrario para su invalidez, por lo que podríamos decir que una parte esencial al trato justo y equitativo es la garantía de su cumplimiento por las partes, en razón del establecimiento de este principio desde la buena fe de los otorgantes.

De acuerdo al criterio del Tribunal CIADI, la actuación en buena fe por parte de un Estado en materia relativa a inversión significa:

Brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. (Tecmed contra los Estados Unidos Mexicanos, 2003)

Lo expresado ubica con claridad que el Estado receptor de la inversión debe so pena de incumplir con la normativa dispuesta en el interior de un TBI, actuar de manera tal que el inversionista pueda contemplar un panorama claro sobre las

normas nacionales que regirán su accionar y sobre las acciones que el Estado emprenderá a nivel de políticas públicas, previniendo de esta manera los posibles riesgos o daños que estas puedan tener para con el inversor extranjero, no solo en su inversión sino en las expectativas que el mismo tiene de ellas.

Adicionalmente el Estado receptor, de acuerdo al criterio del Tribunal CIADI:

Actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. (Tecmed contra los Estados Unidos Mexicanos, 2003)

Generando de esta manera una profunda estabilidad al inversor extranjero, pudiendo el Estado determinar medidas de reversión de políticas públicas o variación legal, siempre que la misma no responda a decisiones arbitrarias y no estén concebidas como fundamento para requisar los activos del inversionista o cualquier atentado contra su legítimo derecho de propiedad, de acuerdo con los TBI.

Podríamos decir entonces en sintonía con lo previsto por el Tribunal CIADI en el caso Tecmed vs México, que el trato justo y equitativo prevé el accionar del Estado dentro de los límites de la seguridad y el apropiado comportamiento jurídico que garantice al inversionista sus expectativas legítimas, expectativas que se fundamentan a su vez en la normativa interna del Estado receptor de la inversión generalmente traducidas en permisos y licencias, pues es ciertamente la legislación interna del país la que normara las ganancias y posibilidades de emprendimiento del inversionista.

Es importante tomar en cuenta este hecho, pues sus expectativas no deben considerarse tan solo como un elemento subjetivo del inversionista, sino como un análisis de la realidad jurídica y económica del país sede de la inversión, de lo contrario nos encontraríamos frente a expectativas imposibles de cumplir dejando al Estado en un predicamento, al tratar de garantizar las expectativas del inversor.

Es decir que en relación al trato justo y equitativo, este no debe obligar al Estado más que en la garantía de una estabilidad jurídica, dentro de los estándares habituales para hacer negocios a nivel internacional, rebasar este límite indicaría que el Estado se estaría haciendo responsable ante cualquier conmoción que puede de alguna manera afectar el desarrollo normal de la inversión, obligando por ejemplo a reprimir a sus ciudadanos o a violar principios constitucionales como la libertad de manifestación o el derecho a la resistencia en detrimento de

los derechos de los ciudadanos ecuatorianos y en beneficio de inversionistas extranjeros.

f) Protección y Seguridad Plenas.

La cláusula de protección y seguridad plenas, al igual que la cláusula de trato justo y equitativo, establece estándares de cumplimiento al Estado receptor de la inversión, esta cláusula sin embargo se refiere de manera más específica a la protección de los derechos de los inversionistas a través de instrumentos jurídicos.

De acuerdo a Dolzer y Schreuer (2008) esta cláusula “*indica la obligación del Estado a tomar medidas efectivas para la protección de la inversión extranjera de efectos adversos que puedan provenir tanto del Estado receptor, sus órganos o de terceros*” (Dolzer & Schreuer, 2008), medidas que responden en general a la adopción de legislación amigable a la inversión, pero que pueden trascender en la acción material del Estado frente a perjuicios por parte de terceros, como sus propios ciudadanos.

Es decir que el Estado deberá evitar obstaculizar el ejercicio, goce, administración o mantenimiento y en general el ejercicio de la inversión extranjera, cláusula que en su amplitud puede ser interpretada como la imposibilidad de ejercer control sobre los actos de la inversión extranjera en el sentido ambiental por ejemplo, pues se corre el riesgo de ser demandado a nivel internacional, como lo ha ejemplificado muy bien el caso Chevron, en el que el Estado ecuatoriano ha sido demandado por incumplimiento al TBI suscrito con los Estados Unidos, por una acción legal presentada por habitantes de la región amazónica de nuestro país contra la multinacional petrolera por daños al ambiente.

Esta cláusula se encuentra presente en el TBI suscrito con los Estados Unidos, que en su numeral 3 literal a) determina que “*Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.*” (TBI USA, 1993)

De igual manera en el instrumento suscrito con la República Popular China, aparece el sentido de la cláusula mencionada, aunque no se refiere al carácter pleno de la protección de la inversión sino que lo limita de la siguiente manera:

1.- Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.

2.- *El tratamiento y protección mencionados en el Numeral 1 de este Artículo no será menos favorable que los acordados a inversiones de inversionistas de terceros países y a actividades relacionadas con las mismas.*

3.- *El tratamiento y protección mencionados en los Numerales 1 y 2 de este Artículo no incluyen ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a inversionistas de un tercer Estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a la supresión de la doble tributación o para facilitar el comercio en la frontera. (TBI China, 1994)*

g) Trato de la Nación Más Favorecida.

Esta cláusula surge como una extensión de la cláusula de trato nacional, e implica que un Estado se encuentra obligado en virtud de esta disposición, a otorgar los beneficios previstos para un tercer Estado al Estado parte con el que suscribió el TBI y que se encuentra amparado por la disposición de Nación Más Favorecida (NMF), este principio al igual que el principio de trato nacional, ha sido considerado como uno de los pilares del sistema internacional de comercio de acuerdo a la OMC.⁴¹

Este principio se encuentra presente en el TBI suscrito con los Estados Unidos donde se establece que:

Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado. (TBI USA, 1993)

Por su parte el TBI con China estipula una disposición semejante: *“El tratamiento y protección mencionados en el Numeral 1 de este Artículo no será menos favorable que los acordados a inversiones de inversionistas de terceros países y a actividades relacionadas con las mismas.” (TBI China, 1994)*

Pese a que ambos TBI expresan la posibilidad conjunta de realizar excepciones a los beneficios de la NMF, esta cláusula extralimita el concepto de bilateralidad

⁴¹ Ver Pagina Web de la OMC https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm, acceso realizado el 12 de enero de 2015.

del acuerdo, extendiéndolo a terceros Estados y facultando al inversionista a reclamar mejores condiciones independientemente de los acuerdos alcanzados a nivel bilateral con su Estado sede, violentando de este modo, los acuerdos o preferencias acordados con otros Estados, los mismos que son absolutamente legítimos de acuerdo a la capacidad soberana de un Estado a determinar su accionar internacional de acuerdo a sus intereses nacionales.

Esto implica un gran riesgo, pues permitiría a inversores ajenos a un TBI en particular o a un acuerdo comercial, demandar al Estado ecuatoriano bajo la normatividad pensada para otros inversionistas en diferentes situaciones concretas con respecto al Ecuador, prácticamente considerando e importando a conveniencia la normativa de un tratado al que es ajeno.

h) Solución de controversias.

Los TBI en la mayoría de los casos contemplan dos tipos de resolución de controversias, aquellos conflictos existentes entre los Estados parte del convenio y las controversias surgidas entre inversionistas y el Estado receptor de la inversión, sin embargo el número de casos de controversias entre estado en materia de inversiones es considerablemente menor a las disputas entre inversionistas y Estados sede.

Muchos de los TBI, en general la gran mayoría de ellos contemplan diversos mecanismos a través de los que se pueden solventar las disputa, así como los procedimientos necesarios para su validez, observemos por ejemplo lo establecido en el TBI suscrito con los Estados Unidos que en su artículo 2 indica que :

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

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

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado

podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o*
- ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste;*
- iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o*
- iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia. (TBI USA, 1993)*

Como podemos observar el tratado establece la necesidad de que toda controversia se resuelva en primer lugar mediante consultas amistosas entre las partes, en una clara alusión a los procedimientos que se desarrollaban en la época de la protección diplomática, estableciendo como segundo requisito la resolución de los conflictos en los tribunales nacionales, esto en clara alusión a los tribunales del Estado receptor de la inversión.

Este hecho es de gran importancia, pues significa el reconocimiento de la jurisdicción del Estado receptor sobre la inversión extranjera que ingresa a su nación, si bien claramente se dice que esta será una opción por la cual optar, esto no desmerece el hecho de que los tribunales nacionales de los Estados parte, pueden conocer plenamente las controversias suscitadas en materia de inversión, siendo el arbitraje internacional tan solo una posibilidad excepcional, aunque en la práctica sea la opción más utilizada por inversionistas extranjeros.

Por su parte el TBI suscrito con la República Popular China se hace eco de estos preceptos, mencionando en su artículo 9 que:

- 1.- Cualquier conflicto entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el territorio de dicha Parte deberá, en la medida de lo posible, ser resuelto amigablemente por medio de negociaciones entre las partes en conflicto.*
- 2.- Si el conflicto no puede ser resuelto por medio de negociaciones en un plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentar al mismo tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.*

3.- Si un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las negociaciones tal como se especifica en el Numeral 1 de este Artículo, dicho conflicto podrá ser presentado por petición de cualquiera de las partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc. Lo dispuesto en este numeral no se aplicará si el inversionista interesado ha recurrido al procedimiento especificado en el Numeral 2 de este Artículo. (TBI China, 1994)

2. Análisis general de los dictámenes de la Corte Constitucional ecuatoriana, sobre los TBI con los Estados Unidos y la República Popular China.

El dictamen de la Corte Constitucional ecuatoriana, referente al TBI suscrito con los Estados Unidos, se recoge en el dictamen 43 de la Corte Constitucional para el periodo de transición, promulgado en el Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011, mediante este dictamen la Corte Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad del TBI firmado con los Estados Unidos, en razón de la solicitud planteada por el Presidente Rafael Correa, quien solicita que la Corte emita un dictamen favorable a la Denuncia de este tratado.

Por su parte el Dictamen del TBI firmado con la República Popular China, se recoge en el dictamen número 27 de esta Corte y publicado en el Registro Oficial Suplemento 258 de 17 de agosto de 2010, dictamen que al igual que en el anterior caso fue solicitado por el Presidente de la República.

Este accionar del Presidente de la República, en cuanto a solicitar criterio a la Corte Constitucional para la denuncia de este tratado bilateral se sustenta en el artículo 420 de la Constitución de 2008, que determina que:

La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República.

La denuncia un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

La última parte de este artículo menciona que en caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía, se deberá seguir el mismo procedimiento que lo aprobó, sin embargo en lo que se refiere al proceso de denuncia de un tratado aprobado por el Congreso Nacional y Ratificado por el Presidente de la República, la Constitución no

establece un trámite o procedimiento a seguir, por lo que se vuelve lógico el pensar, que si en el caso de la ciudadanía el proceso para la denuncia es el mismo proceso de aprobación pero a la inversa, esta disposición puede asumirse también para la denuncia de tratados internacionales aprobados por el Congreso o Asamblea Nacional.

Al respecto, la Convención de Viena reconoce a la denuncia de los tratados en su artículo 42, cuando hablando sobre la validez de los tratados internacionales menciona que *“La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.”* (Convención de Viena, 1969)

En esa disposición, la comunidad internacional reconoce a través de la Convención de Viena a la denuncia como una forma de terminación de los tratados internacionales, si bien la condiciona a ciertos requisitos pero claramente enunciándola, entendiéndose así a la denuncia como una entidad reconocida del Derecho Internacional, por tanto lícita y legítima su aplicación por parte de los Estados.

En tal virtud, queda entonces facultado el Presidente de la República del Ecuador, tanto a nivel nacional a través de la Constitución, como a nivel internacional a través de la Convención de Viena, para solicitar la denuncia de un tratado internacional.

Si consideramos que en el procedimiento de aprobación y ratificación de un tratado internacional era requisito fundamental que el mismo se adecuara a las disposiciones constitucionales internas, y por tanto debe ser conocido por el máximo organismo de control e interpretación constitucional, el mismo que anteriormente era el Congreso Nacional y hoy es la Corte Constitucional, no es incoherente el que en un proceso de denuncia, que de alguna manera viene a ser un proceso inverso al de aprobación. Sea este mismo organismo el que deba pronunciarse.

Justamente la Corte Constitucional en su dictamen sobre el TBI suscrito con los Estados Unidos, manifiesta en cuanto a su potestad que, *“corresponde a la Corte Constitucional emitir dictamen de constitucionalidad, previo y vinculante a la denuncia de tratados internacionales, que como en este caso atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a organismos internacionales o supranacionales.”* (Corte Constitucional D. E., 2010)

Esta afirmación de la Corte se encuentra sustentada en el artículo 108 de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, disposición que establece que:

Tratados que requieren aprobación de la Asamblea Nacional.- La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional [...]En todos estos casos, en un

plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen. (Legislativa, 2009)

Esta disposición tiene además coherencia con lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en su artículo 112 numeral 4 indica:

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 constitucional. (Constitucional, 2009)

Tal como podemos observar en estas disposiciones, la actuación del Presidente en torno a la denuncia de los TBI se encuentra sustentada en derecho, siendo la Corte Constitucional el órgano competente para dictaminar la validez constitucional, al momento de la aprobación de un tratado, debe actuar en consecuencia también, en el evento de su denuncia.

Ahora bien, una vez sustentada la petición del Presidente de la República, pasemos a observar las conclusiones a las que llega la Corte Constitucional, sobre la constitucionalidad del TBI con los Estados Unidos.

La Corte Constitucional parte por reafirmar uno de los puntos tratados anteriormente, en relación a la concepción de la supremacía de la Constitución por sobre todo acuerdo internacional, supremacía que es el principal requisito para la vigencia y validez de los tratados al interior de nuestro país.

La Corte en total acuerdo con este principio, sustenta las razones por las cuales es necesario un control constitucional de los acuerdos internacionales, manifestando claramente en el texto del dictamen:

Está plenamente justificado el control constitucional dentro de la vida jurídica de cada uno de los Estados, y aquel control se hace extensivo también al ámbito del Derecho Internacional y en la especie a los Tratados y Convenios Internacionales, ya que, si bien aquel mecanismo de control se ha producido para limitar el poder de los órganos tradicionales que lo detentan (ejecutivo, legislativo y judicial), las temáticas abordadas dentro de un instrumento internacional tienden a contener derechos que les asisten a los particulares de un Estado suscriptor. En nuestro medio, la principal fuente de legitimidad a la

hora de la suscripción de un tratado o convenio internacional está dada por el respeto a las normas constitucionales. (Corte Constitucional D. E., 2010)

La Corte mantiene este criterio de manera uniforme, tal como lo podemos observar en el Dictamen del Convenio con la República Popular China, en el que la Corte manifiesta que:

La Constitución de la República, respecto al control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, dispone que todo convenio, pacto, acuerdo, tratado, etc., debe mantener compatibilidad con sus normas. Partiendo de esta premisa constitucional, el artículo 417 determina que: "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución...".

El examen de constitucionalidad de los tratados internacionales implica analizar si el contenido de dichos instrumentos jurídicos guarda conformidad con las normas de la Constitución de la República, así como el cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación y suscripción, conforme lo previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Al respecto debe pronunciarse la Corte Constitucional. (Corte Constitucional D. R., 2010)

Podemos observar que la Corte Constitucional manifiestamente considera como base jurídica principal, o principal requisito para la adopción de un tratado internacional, el respeto a las normas constitucionales y por lo tanto podemos decir, que el principio de supremacía constitucional es la principal institución jurídico-constitucional que debe salvaguardarse y respetarse al momento de adoptar un tratado, constituyéndose a su vez en la principal razón para su denuncia.

La supremacía de la Constitución radica en un hecho jurídico y político sustancial para cualquier sociedad democrática, pues es el principio que pone de manifiesto, que la Constitución de un Estado representa los intereses de su pueblo y existe claramente por y para esa razón.

Siguiendo el concepto de Constitución que planteo el constitucionalista Fernando Lasalle, coincidiremos con él en que: *“la Constitución no es una simple ley, sino que es una norma jurídica que sobrepasa el simple concepto positivo de la ley, es un mandato que se expresa desde las bases políticas y sociales de una sociedad y es por esto que de ella irradian o se generan las leyes ordinarias de un país”*. (Lasalle, 1994)

Lo anotado se expresa claramente en nuestro orden constitucional, tal como lo percibe la Corte Constitucional en el dictamen sobre el TBI con los Estados Unidos al expresar que:

En lo que respecta al Estado ecuatoriano, la Constitución de la República, en el artículo 416, determina que:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: 12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados". (Corte Constitucional D. E., 2010)

Por lo expuesto, podemos ubicar entonces que el principal criterio para determinar la constitucionalidad de un tratado internacional, no es tan solo el cumplimiento o falta de contradicción formal con la Carta Magna, que deben tener las normas del tratado, sino también un criterio de mayor profundidad, un criterio que determine que dicho tratado no vulnere los intereses del pueblo del Ecuador; por tanto se plantea que este análisis debe ir más allá del análisis positivista, debe realizarse un análisis integral de las implicaciones que un tratado puede significar para nuestro país y su pueblo.

Este fundamento, nos plantea que en una democracia, la razón fundamental de cualquier acto público, es beneficiar al pueblo, de ahí que se contemple como principio de las relaciones exteriores del Estado ecuatoriano, que las mismas no vayan en contradicción con los intereses del pueblo ecuatoriano, intereses que en el sistema democrático se encuentran tutelados por la Constitución y por los representantes elegidos por el pueblo, quienes son los únicos autorizados a expresar su voluntad en relación al mandato otorgado a ellos por el pueblo ecuatoriano.

La Corte Constitucional, hace suyo este criterio y lo expresa en relación al accionar de la Asamblea Nacional, organismo conformado por los representantes elegidos por pueblo ecuatoriano. En este sentido la Corte en su dictamen del TBI firmado con la República Popular China no dice que:

Bajo un sistema de democracia representativa, el rol que asume el órgano legislativo es primordial, pues encarna la voluntad popular expresada mediante sus representantes en la Asamblea Nacional. En tal virtud, actuando a nombre y en representación de sus mandantes, los legisladores deben aprobar de manera previa la ratificación o denuncia de los tratados internacionales, ya que de ese pronunciamiento depende que el Ecuador incurra o se desligue de un compromiso internacional. (Corte Constitucional D. R., 2010)

Por tanto, cuando nos referimos a que los tratados internacionales deberán sujetarse en conformidad a los principios constitucionales ecuatorianos, nos estamos refiriendo en

primer lugar a la supremacía constitucional como requisito “sine equa non” para su validez y a que dichos tratados no contravengan o lesionen los intereses del pueblo ecuatoriano.

Con los elementos anotados hasta el momento, es importante entonces ahora pasar a observar el análisis pormenorizado que la Corte Constitucional ecuatoriana realiza en el caso específico de la normativa de los TBI firmados con los Estados Unidos y China, en relación a nuestra normativa constitucional.

3. Análisis constitucional de los TBI suscritos con los Estados Unidos y China.

En cuanto al control constitucional del TBI suscrito con los Estados Unidos, la Corte Constitucional determinó que:

En la especie se determina que el contenido del instrumento internacional objeto de control previo a su denuncia, hace referencia a la promoción de mayor cooperación económica, tratamiento de inversiones como estímulo para el flujo de capital privado, garantizar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones, garantizar el derecho laboral de los trabajadores y solución de controversias entre las partes; es decir, temáticas asociadas al comercio internacional. En aquel sentido, este instrumento internacional compromete al país en un acuerdo de comercio, justificándose la necesidad de requerir la aprobación legislativa previa a la denuncia. (Corte Constitucional D. E., 2010)

Este análisis de la Corte Constitucional, ubica el tipo de tratado internacional al que se adscribe el TBI suscrito con los Estados Unidos, observando claramente que es un tipo de tratado que a consideración de la Corte, mantiene características de un acuerdo de comercio, acuerdo que en base a estas características debe sujetarse a ciertos principios constitucionales a fin de mantener concordancia con la normativa constitucional ecuatoriana.

Esta tipificación determina en primer lugar, que el TBI suscrito con los Estados Unidos es un instrumento internacional que se encuentra sujeto a la aprobación legislativa y por tanto también al proceso de denuncia a través de la misma, de acuerdo a lo que establece la Constitución en su artículo 419 numeral 6 que estipula que deberán ser aprobados por la Asamblea Nacional los acuerdos que “Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.”

En relación a esta categorización la Corte Constitucional menciona que las disposiciones del TBI suscrito con los Estados Unidos guardan armonía con la Constitución al mencionar que:

Que las disposiciones contenidas en éste se enmarcan dentro de los preceptos establecidos en el artículo 284, numeral 8 de la Constitución de la República, que consagra como objetivos de la política económica propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; el artículo 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras, y el artículo 416, numeral 12 ibídem, que determina entre las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional el fomentar un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Por lo tanto, este artículo del "Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones" guarda armonía con la Constitución de la República. (Corte Constitucional D. E., 2010)

Ahora bien, observemos lo que establecen las disposiciones del artículo II del TBI suscrito con los Estados Unidos, en específico el numeral 6 de la mencionada disposición:

Como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, ninguna de las Partes establecerá requisitos de cumplimiento que exijan o que hagan cumplir compromisos de exportación con respecto a los bienes producidos, o que especifiquen que ciertos bienes o servicios se adquieran en el país, o que impongan cualesquiera otros requisitos parecidos. (TBI USA, 1993)

Recordemos que la Constitución de 2008 establece en su artículo 275 que:

El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.”, régimen de desarrollo que de acuerdo al artículo 276 de la Constitución en su numeral 2 tiene por objetivo “ [...]Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Frente a lo expresado, es innegable que los acuerdos internacionales de tipo económico deberán estar en armonía con la Constitución, y encontrarse en armonía con el sistema económico que el Estado ecuatoriano. Por tanto, los acuerdos internacionales deben mantener armonía el Plan Nacional de Desarrollo, el mismo que de acuerdo al artículo 280 de la Constitución es:

El instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

A la vez, de acuerdo al inciso 2 del artículo 339 de la Constitución, el Plan de Desarrollo rige por sobre las inversiones extranjeras:

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Esta normativa determina de manera expresa requisitos de cumplimiento de la inversión extranjera directa, a misma que de manera obligatoria debe realizarse en los campos que el Plan Nacional de Desarrollo determine como prioritarios, al igual que aquellos que sean determinados por los Gobiernos Autónomos Descentralizado; como vemos esta normativa entra en contradicción con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 2 del TBI con los Estados Unidos, citado anteriormente.

El Plan Nacional de Desarrollo (en adelante PNBV) vigente a la fecha en que se realizó el dictamen de la Corte Constitucional (2010), establecía requisitos y prioridades refiriéndose a la inversión extranjera directa y su promoción, incluyendo dentro de sus estrategias:

Promoción de la inversión extranjera directa en áreas de carencia de capitales domésticos, bajo la condición de que se aporte a procesos productivos sostenibles, respetuosos de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales. Se incentivarán de modo especial las inversiones con alto ingrediente de transferencia tecnológica y generación de empleo. (Plan Nacional Para el Buen Vivir 2013, 2013)

Podemos constatar que el Plan de Desarrollo 2001-2010 establece requisitos que la inversión extranjera directa debe cumplir en nuestro país, al establecer que se promocionara la inversión extranjera en el país siempre y cuando cumpla con la condición establecida por PNBV, condicionamiento facultado constitucionalmente al PNBV por las disposiciones mencionadas anteriormente. A la vez, la Política 8.2 del actual PNBV, en su literal a) establece la posibilidad de.

Establecer requisitos de desempeño a los incentivos, como la contratación plurianual que promueva la inversión privada orientada a la sustitución de importaciones, los encadenamientos productivos locales, la generación de trabajo nacional, la desagregación y transferencia tecnológica y la reinversión de utilidades. (Plan Nacional Para el Buen Vivir 2013, 2013)

En base a lo expuesto, podemos advertir con claridad que existen contradicciones entre lo que establece el TBI con Estados Unidos, los mandatos constitucionales y del PNBV. Estas contradicciones implicarían la violación de las normas constitucionales por parte del TBI suscrito con los Estados Unidos.

Si bien las contradicciones mencionadas en párrafos previos en relación a los mandatos del PNBV 2007-2010, no fueron consideradas por la Corte Constitucional, esta Corte afirma de manera errónea que el artículo II del mencionado TBI se encuentra en armonía con la Constitución, obviamente la Corte cita las normas constitucionales que tienen concordancia con lo dispuesto en el artículo II del TBI con los Estados Unidos, pero hace caso omiso de otras disposiciones atinentes a la materia comercial y sobre todo al régimen de inversiones del país.

Ahora bien en el caso del TBI con la república Popular China, la Corte opto por un acercamiento diferente, pues no lo considero un acuerdo de tipo económico como en el caso del TBI de los Estados Unidos, sino que sustento el dictamen de constitucionalidad necesario para la denuncia del mismo, en que este instrumento internacional debía someterse a conocimiento de la Asamblea Nacional de acuerdo a la siguiente interpretación:

Al presentar el respectivo Informe, el Dr. Hernando Morales Vinuesa, Juez sustanciador, señaló que el "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" requiere aprobación legislativa previa para su denuncia, ya que dicho convenio es de los previstos en el numeral 7 que se refiere a los tratados que "atribuyan competencia propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional", criterio que es acogido por el Pleno de la Corte Constitucional. (Corte Constitucional D. R., 2010)

Interpretación que si bien es acertada en cuanto el TBI con la República Popular China, establece el sometimiento de diferencias relativas a inversiones a instancias jurisdiccionales extranjeras, no deja por esto de ser un convenio de tipo económico, observemos por ejemplo lo que dispone este TBI en su artículo 3:

Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante. (TBI China, 1994)

A la vez, considero que si se trata de un acuerdo económico, pues según de conformidad a la referencia al principio de la OMC de Trato Justo y Equitativo, podemos entender que las acciones normadas por el instrumento internacional se desarrollan en el plano económico, de no ser suficiente este análisis, podemos sustentar este planteamiento en lo anotado en el preámbulo de este TBI, que nos dice que:

El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China (denominados en lo sucesivo las Partes Contratantes), En su afán de crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la Otra Parte Contratante; Reconociendo que el fomento, la promoción y la protección recíprocos de tales inversiones conducirán a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados; Deseando intensificar la cooperación económica de ambos Estados sobre una base de equidad y beneficio mutuos. (TBI China, 1994)

Preámbulo y artículo que cumplen con las observaciones realizadas por la Corte en relación al carácter económico del TBI con los Estados Unidos, hecho que hace sorprendente que la Corte no trate bajo un mismo parámetro a dos instrumentos internacionales, tan similares en contenido.

En cuanto a la contradicción existente en el artículo II numeral 6 del TBI con los Estados, es interesante observar que el TBI suscrito con China, no presenta esta contradicción en cuanto al establecimiento de requisitos de desempeño para la inversión extranjera directa, *“Cada Parte Contratante impulsará a los inversionistas de la otra Parte Contratante a hacer inversiones en su territorio y admitirá tales inversiones de conformidad con sus leyes y reglamentos.”* (TBI China, 1994)

Mediante esta disposición el TBI con China otorga al Ecuador la potestad de permitir el acceso de la inversión extranjera de acuerdo a sus leyes y reglamentos, por lo cual los requisitos establecidos en el PNBV, pueden ser imputados a las inversiones chinas que busquen ingresar al país, estableciendo una obligación equitativa para ambas partes y no limitando la soberanía nacional, en cuanto a decidir las mejores condiciones para el ingreso de inversión al país.

Otra contradicción con la normativa ecuatoriana que podemos encontrar en torno a los TBI de Estados Unidos y China, es aquella respecto al libre flujo de divisas, ambos TBI contemplan el libre flujo de capitales hacia el exterior del país, evento que supone riesgos para la economía nacional, pues podría significar el desfinanciamiento nacional, como es el caso de los capitales golondrina.

El actual PNBV 2013-2017, en su política 8.5.e determina que es necesario *“[...] Evitar la fuga de capitales y promover la inversión doméstica de las divisas”* (Plan Nacional

Para el Buen Vivir 2013, 2013). Política pública que significaría una restricción al libre flujo de capitales fuera del Ecuador, por su parte el TBI de los Estados Unidos determina en su artículo 4 que:

Cada parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o se saquen del mismo se realicen libremente y sin demora. Dichas transferencias comprenden: a) los rendimientos; b) las indemnizaciones en virtud del Artículo III; c) los pagos que resulten de diferencias en materia de inversión; d) los pagos que se hagan conforme a los términos de un contrato, entre ellos, las amortizaciones de capital y los pagos de los intereses devengados en virtud de un convenio de préstamo; e) el producto de la venta o liquidación parcial o total de una inversión, y f) los aportes adicionales al capital hechos para el mantenimiento o el fomento de una inversión. (TBI USA, 1993)

A su vez el TBI con China en su artículo 6, hace referencia a la libre circulación de capitales mencionando que:

Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con sujeción a sus leyes y reglamentos, la transferencia de sus inversiones y de las utilidades obtenidas (TBI China, 1994)

Como podemos ver ambas disposiciones mantienen una clara contradicción con el PNBV, hecho que manifiesta a su vez, una contradicción con la obligatoriedad de sujetarse a lo dispuesto en el mencionado Plan, en tanto requisito para la inversión extranjera del país, en concordancia con lo que dispone el artículo 339 de la Constitución.

Volviendo a los dictámenes de la Corte Constitucional, sorprende que la misma establece en el caso del TBI con los Estados, que este instrumento internacional se encuentra en armonía con el artículo 339 de la Constitución. Al respecto, la Corte manifiesta en relación a los contenidos del artículo II:

Las disposiciones contenidas en éste se enmarcan dentro de los preceptos establecidos en el artículo 284, numeral 8 de la Constitución de la República, que consagra como objetivos de la política económica propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; el artículo 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras. (Corte Constitucional D. E., 2010)

Al parecer la Corte no toma en cuenta las políticas públicas en las que se deriva la ejecución de las normas constitucionales, en específico el Plan Nacional de Desarrollo, pues no hay duda que en su ilustrado criterio, habría encontrado las contradicciones que se han mencionado anteriormente.

Otra noción de los TBI analizados, que encuentra contradicción con los preceptos constitucionales, es la noción de expropiación indirecta contenida en estos tratados, esta noción la podemos encontrar en el TBI con los Estados Unidos que en su normativa establece:

Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. (TBI USA, 1993)

Noción que está presente a su vez en el TBI suscrito con la República Popular China, que en su articulado menciona que:

Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en 10 sucesivo denominadas "expropiación") en contra de inversiones de inversionistas de la Otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) declaratoria de utilidad pública;*
- b) en virtud de un trámite legal interno;*
- c) sin discriminación;*
- d) a cambio de una justa compensación.*

La compensación mencionada en el Numeral 1, literal d), de este Artículo 10 deberá ser equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se declara la expropiación, ser convertible Y libremente transferible. La compensación deberá ser pagada sin demoras injustificadas. (TBI China, 1994)

Cabe mencionar, que si bien el TBI con China no manifiesta directamente el concepto de expropiación indirecta, su concepto amplio de expropiación permite que a luz del criterio de los inversionistas, se pueda interpretar esta definición como abarcante de la expropiación indirecta.

La expropiación es una institución ampliamente reconocida por el Derecho Internacional, y que ha estado en vigencia durante mucho tiempo, como una potestad de los Estados en razón de su libre determinación y su soberanía, un claro ejemplo de aquello, es lo planteado en la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962, más conocida como la "Resolución de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales", la misma recoge en numeral 4, el concepto de expropiación:

La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional. (Naciones Unidas R. d., 1962)

Otro instrumento internacional que determina la vigencia de la expropiación en el Derecho Internacional, es la Resolución 3201 del 1 de mayo de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que en su literal e) determina que:

La plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y todas sus actividades económicas. A fin de salvaguardar esos recursos, todo Estado tiene derecho a ejercer un control efectivo sobre ellos y su explotación, con medios ajustados a su propia situación, incluso el derecho de nacionalización o transferencia de la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la plena soberanía permanente del Estado. (Naciones Unidas R. 3., 1974)

Recordemos que en el capítulo I de este trabajo, habíamos ahondado en el concepto de expropiación indirecta, y que siguiendo las ideas de los tratadistas Amado y Amiel (2005), habíamos determinado que expropiación indirecta es aquel tipo de expropiación que:

No se restringe únicamente a una efectiva adquisición forzosa por parte de un Estado de la propiedad privada, sino que también incluye aquellos actos del Estado que tengan el efecto de quitar a los privados su propiedad, ya sea mediante la imposición de tributos, regulaciones o cualquier otro acto de naturaleza confiscatoria o que restrinja, limite o interfiera irrazonablemente el goce por parte de los extranjeros de su propiedad. (Amado, 2005)

Sin embargo esta noción de expropiación indirecta no parece tener congruencia con los conceptos de expropiación largamente aceptados en el Derecho Internacional, los cuales claramente establecen que es expropiación y en ningún momento aducen a actos propios de la jurisdicción de un Estado, como el establecimiento de tributos como medidas de tipo expropiatorio.

Haciendo referencia a expropiación, el dictamen de la Corte constitucional ecuatoriana, de manera muy particular establece en cuanto al artículo III del TBI suscrito con los Estados Unidos:

La Corte advierte que este artículo guarda armonía con el texto constitucional ecuatoriano, en la especie, con la disposición contenida en el artículo 323 de la Constitución de la República, que determina las causales por las cuales se podría proceder a un proceso de expropiación previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley; determinándose adicionalmente que se prohíbe toda forma de confiscación, con lo cual se brinda seguridad a estas inversiones, guardando este numeral coherencia con el texto constitucional. (Corte Constitucional D. E., 2010).

En relación a la misma temática, el artículo 323 de la Constitución de 2008, establece que:

Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Sin embargo, la Constitución de ninguna manera se refiere a actos tributarios, o a actos legales propios del Estado, pues no contempla la existencia de expropiación indirecta de ninguna manera, más aun la Constitución claramente prescribe en su artículo 285 que, “*La política fiscal tendrá como objetivos específicos: La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.*” (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Lo expuesto, determina claramente como parte integral de la política fiscal del Estado ecuatoriano, la redistribución mediante la aplicación de tributos, destacando el fin de las medidas fiscales cuyo objetivo principal es la redistribución de la riqueza, por tanto resulta impensable que las inversiones amparadas por un tratado internacional, que se encuentre en armonía con la Constitución, pasen por alto el hecho de que deberán someterse a la política fiscal ecuatoriana.

Asumir la posición de que la expropiación indirecta guarda armonía con los mandatos constitucionales ecuatorianos, no solo no es acertado, sino que además repercute en los intereses del pueblo ecuatoriano, interés que recordemos son el principio fundamental de las relaciones internacionales de nuestro país, un claro ejemplo de cómo el concepto de expropiación indirecta es lesivo a los interés nacionales, lo podemos encontrar en el caso OXY.

Justamente el CIADI en el caso OXY vs Ecuador concluyo que.

Está de acuerdo con las Demandantes. Luego de haber determinado en la sección anterior del presente Laudo que el Decreto de Caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y de la obligación de la Demandada establecida en el Artículo II.3 (a) de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes, el Tribunal no duda en concluir que, en las circunstancias particulares del presente caso que ha analizado precedentemente, la privación por parte de la Demandada de la inversión de las Demandantes mediante dicha sanción administrativa constituyó una medida “equivalente a la expropiación” y, por lo tanto, una violación del Artículo III.1 del Tratado. Esta frase se encuentra en el Artículo 1110 del TLCAN que prevé que “ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión.”⁴² (Occidental Petroleum Corporation vs. Ecuador, 2011)

Determinándose en esta instancia jurisdiccional extranjera, que medidas de tipo administrativo pueden ser equivalentes a expropiación indirecta, lesionando los intereses ecuatorianos, no solo por el monto que debería pagar el Estado ecuatoriano de acuerdo a la demanda, sino porque se está limitando su capacidad jurisdiccional y de acción, permitiendo que cualquier acto público, como por ejemplo el establecimiento de medidas de protección ambiental o de tributos, sean considerados como medidas expropiatorias en tanto afecten los intereses económicos de los inversionistas extranjeros.

Lo expuesto, sustenta mi posición en cuanto al error en el que incurre la Corte Constitucional en su dictamen, al establecer que el concepto de expropiación indirecta contenido en el artículo III del TBI con los Estados Unidos está en armonía con la Constitución ecuatoriana, es un craso error, pues no se toma en cuenta el principio fundamental de soberanía del Estado en sus actos públicos y el principio del interés superior del pueblo en las relaciones internacionales.

La Corte Constitucional, al realizar su análisis de constitucionalidad de los TBI con Estados Unidos y China, centro su posición, sobre todo en la prohibición establecida en el artículo 422 de la Constitución, que determina que:

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

⁴² CIADI, OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY vs. REPÚBLICA DEL ECUADOR, Caso CIADI No. ARB/06/11), párr., 455. El diferendo tiene como base la caducidad de un Contrato de Participación de 1999 entre OEPC y Petroecuador para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque denominado 15 de la región amazónica ecuatoriana.

Estado y personas naturales o jurídicas privadas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En razón de que ambos TBI contienen cláusulas de resolución de conflictos que permiten que el Ecuador sea juzgado en instancias jurisdiccionales supra nacionales, estos tratados de conformidad al artículo 422 de la Constitución, claramente se encuentran en manifiesta contradicción con las disposiciones constitucionales ecuatorianas.

Al respecto, observemos lo que dice el TBI suscrito con los Estados Unidos en su artículo 6:

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

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

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o*
- ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste;*
- iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o*
- iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.*

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento. (TBI USA, 1993)

De igual manera el TBI suscrito con la República Popular China prescribe en su artículo 9 que:

1.- Cualquier conflicto entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el territorio de dicha Parte deberá, en la medida de lo posible, ser resuelto amigablemente por medio de negociaciones entre las partes en conflicto.

2.- Si el conflicto no puede ser resuelto por medio de negociaciones en un plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentar al mismo tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.

3.- Si un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las negociaciones tal como se especifica en el Numeral 1 de este Artículo, dicho conflicto podrá ser presentado por petición de cualquiera de las partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc. Lo dispuesto en este numeral no se aplicará si el inversionista interesado ha recurrido al procedimiento especificado en el Numeral 2 de este Artículo.

4.- Dicho tribunal de arbitraje será constituido para cada individual de la siguiente manera: cada parte del conflicto deberá nombrar a un árbitro, y ambos deberán seleccionar como Presidente a un ciudadano de un tercer Estado que tenga relaciones diplomáticas con las dos Partes Contratantes. (TBI China, 1994)

En ambos casos las disposiciones de los TBI manifiestan la posibilidad abierta de que el Estado Ecuatoriano ceda jurisdicción a instancias internacionales en un conflicto con un particular de otro Estado, situación que vulnera lo prescrito en el artículo 422 de la Constitución de 2008, observemos entonces cual fue la posición de la Corte Constitucional respecto a este hecho.

La Corte Constitucional en el Dictamen de Constitucionalidad del TBI suscrito con los Estados Unidos manifestó en relación a la solución de controversias mediante arbitraje internacional que:

La norma constitucional es muy clara al señalar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo que, en concordancia con lo expresado en el análisis de ambos artículos⁴³, atentaría en contra del principio de supremacía constitucional, en el sentido de que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente

⁴³ Se refiere a los artículos 6 y 7 del TBI suscrito con los Estados Unidos.

aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República. En aquel sentido, mantener este mecanismo de solución de conflictos, atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales. Es por ello que de acuerdo a la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, por ende, no se puede permitir la creación de estos tribunales arbitrales para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, ya que aquello 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. (Corte Constitucional D. E., 2010)

Criterio que se corresponde directamente con el emanado por la Corte, en el Dictamen sobre el TBI con China, en el que manifiesta que:

En el presente caso, el contenido del artículo 9, numeral 3 del convenio, puesto a conocimiento de esta Corte, somete al Ecuador a un tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad de la República Popular China, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado(12) (Ecuador); por tanto, la citada norma del Convenio objeto de análisis contraviene lo preceptuado en el primer inciso del artículo 422 del texto constitucional, por lo que es procedente su denuncia. (Corte Constitucional D. R., 2010)

En el caso del TBI con China, la Corte Constitucional ya adelanta un criterio de acción frente al conflicto existente entre las disposiciones del TBI y la Constitución, al mencionar que procede la denuncia del mismo, si nos remitimos al criterio mencionado anteriormente por la Corte en el caso de los Estados Unidos, podremos observar que se hace mención a la supremacía constitucional como el principio principalmente afectado por la contradicción normativa, principio que a su vez, sustenta al principio de la soberanía y por lo tanto al principio de la primacía del interés del pueblo ecuatoriano como sustento de las relaciones internacionales.

Los mencionados principios, aunque han sido mencionados anteriormente en varias ocasiones, toman realmente significado al hablarse de la denuncia de los TBI, tal como lo hace la Corte, en el caso del Dictamen del TBI suscrito con la China.

Hablamos entonces de que esta contradicción, es una contradicción de magnitud tal que implica la total discordia entre los principios expuestos por la Constitución ecuatoriana y la normativa de los TBI, de allí que se busque denunciar aquellos tratados, y no por el

contrario renegociarlos aduciendo la existencia de una disconformidad menor, que puede ser subsanada mediante la negociación entre las partes.⁴⁴

Si recordamos lo prescrito por la Convención de Viena, la denuncia de un tratado internacional solo puede ocurrir bajo determinadas circunstancias, y siempre bajo la condición de que no sea un intento de mala fe por parte de una de las partes de dejar sin efecto un tratado, de conformidad con lo establecido en el principio del Pacta Sunt Servanda, que obliga a cumplir de buena fe con los tratados internacionales.

En el caso de los TBI suscritos con los Estados Unidos y con la China, la Corte Constitucional determina la denuncia de los mismos, pues conforme a lo que se puede colegir de su análisis, se trata de tratados que no contienen causales para nulidad. Veamos entonces lo que la Convención de Viena determina como causales para la nulidad de un tratado:

- *“El Error.*
- *El Dolo.*
- *La Corrupción del representante de un Estado.*
- *La Coacción sobre el representante de un Estado.*
- *La Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.*
- *Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).* (Convención de Viena, 1969)

El criterio de la Corte en este caso es sumamente claro, pues considera que en el caso de los TBI, no se trata de instrumentos internacionales que se firmaron bajo alguno de los vicios que implicarían su nulidad, sino que se trata de instrumentos internacionales que se han visto sometidos a un cambio de circunstancias y a una imposibilidad de cumplirlos, debido a un cambio sustancial que radica en el cambio de la normativa constitucional.

4. La incompatibilidad normativa y la denuncia de los TBI.

La Convención de Viena manifiesta como elementos que justifican la terminación de un tratado internacional, la imposibilidad de cumplirlo y el cambio de circunstancias que imposibilitan su vigencia, respecto a la imposibilidad de cumplimiento la Convención manifiesta que:

Art. 61.- Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento

1. *Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la*

⁴⁴ Ver decisión de la Corte Constitucional en los Dictámenes sobre el TBI con USA y el TBI con China.

desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. *La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por*

Terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. (Convención de Viena, 1969)

Como anotamos anteriormente, la principal incompatibilidad de los TBI con Estados Unidos y China con la normativa constitucional, que se establecen dentro de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional ecuatoriana, no se conforma alrededor de elementos de fondo propios del tratado, como errores en su suscripción o la existencia de hechos dolosos en su adopción, sino más bien se refieren a una incompatibilidad nacida con posterioridad a su adopción, en razón de un cambio normativo sustancial al interior de una de las partes.

La Corte, realiza un análisis dialéctico, comparando la normativa sustantiva de los TBI, con la norma constitucional, determinando para tal efecto, la superioridad constitucional como requisito fundamental para la vigencia de los tratados; pese a que al parecer no toma en cuenta su discrepancia con políticas públicas emanadas del mandato constitucional, como es el caso del Plan Nacional del Buen Vivir, si menciona de manera muy clara la dicotomía existente entre la sujeción a instancias internacionales de arbitraje y la prohibición del artículo 422 de la Constitución.

En el campo del Derecho Internacional, la Convención de Viena recoge la necesidad de que los tratados internacionales se encuentren en consonancia con las normas internas de los países, limitando la capacidad normativa de los tratados al ejercicio soberano de las naciones y a su capacidad de negociación pues se reputa que un país negociará un tratado internacional en buena fe y en conciencia de que el mismo no perjudicará sus intereses nacionales, de ahí que la Convención determine que ninguna Parte en un tratado internacional, *“podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. (Convención de Viena, 1969).

Sin embargo, la incompatibilidad manifiesta por la Corte, en relación a los TBI suscritos con los estados Unidos y la China, no radica en la invocación de simples normas de derecho interno, sino que surge de un verdadero cambio de Estado, de la creación de un nuevo paradigma económico, político y social en nuestra nación, que deja inexistente al anterior Estado y las condiciones jurídicas que sustentaron la suscripción de los TBI.

Este hecho fáctico, (Constituyente 2008, de Montecristi) determinó circunstancias y normas de carácter obligatorio que imposibilitan cumplir con la normativa acordada al

interior de los TBI, recordemos que la Constitución de 2008 claramente establece en su artículo 425 que:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Esta disposición se constituye en el limitante que se impone para cumplir con la normativa dispuesta por los TBI, imposibilidad que se efectiviza en razón de la supremacía constitucional y que debido a su jerarquía normativa, invalida las disposiciones contenidas en los TBI, obligando a los ciudadanos e instituciones ecuatorianas al fiel cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución.

En este caso el Ecuador legítimamente cumple con los requisitos dispuestos por la Convención de Viena sobre la imposibilidad de incumplimiento, pues dicha “*imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado.*” (Convención de Viena, 1969) En este caso de la destrucción de la normativa de solución de controversias, misma que es una normativa clave para la protección de inversiones de acuerdo a la generalidad de los TBI, normativa que prácticamente se constituye en una característica de los TBI al encontrarse en la mayoría de ellos.

Justamente en el Dictamen de la Corte Constitucional sobre el TBI con la China, la Corte señala que:

Afirma Decio Machado 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, adscrito al Banco Mundial; UNCITRAL, adscrito 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. (Corte Constitucional D. R., 2010)

Ahora bien, a fin de completar el análisis, observemos por un momento lo que nos dice la Convención sobre Tratados adoptada por la Sexta Conferencia Internacional Americana en 1928, misma que en su artículo 11 determina que:

Los Tratados continuarán surtiendo sus efectos aun cuando llegue a modificarse la constitución interna de los Estados contratantes. Si la organización del Estado cambiara de manera que la ejecución fuera imposible, por división de territorio o por otros motivos análogos, los Tratados serán adaptados a las nuevas condiciones. (Americana, 1928)

Según este instrumento internacional el simple cambio constitucional no constituye razón suficiente para la terminación o denuncia de un tratado, criterio que toma en cuenta a la reforma constitucional dentro del marco de un Estado que no cambia por dicha reforma, sin embargo menciona que si la organización del Estado se modificara, de forma tal que fuese imposible su cumplimiento, se estaría ante una situación que implique la sujeción de los tratados al nuevo orden normativo.

Los TBI como habíamos anotado en el capítulo I de esta tesis, responden a una organización estatal concreta, de ahí que la modificación que realiza la Constituyente del 2008, al pasar de los principios de un Estado de tipo neoliberal, hacia un en un Estado social, constitucional de derechos y justicia⁴⁵, impliquen una reorganización estatal que deja sin efecto las bases materiales, ideológicas y económicas necesarias para la vigencia de los TBI.

A criterio de Sornarajah (2010), tal como se lo expuso en el capítulo I de esta tesis, los TBI y los conceptos de liberalización comercial propios de los Estados de tipo neoliberal son simbióticos, así los TBI son producto de los mismos y se sostienen materialmente en las condiciones creadas por estos.

A mediados de la década de 1990 el fervor por el liberalismo económico había llegado a un punto alto. Ideas como los derechos de entrada y establecimiento dominaron la discusión de los principios de inversión y encontraron su camino en algunos tratados. Se concluyeron tratados que contenían el consentimiento previo de los Estados para el arbitraje de las controversias que surgen de las inversiones extranjeras en la instancia unilateral del inversor extranjero. La capacidad del inversionista extranjero para invocar dichos procedimientos arbitrales dio lugar a un aumento en el número de laudos arbitrales relacionados con las inversiones extranjeras, lo que contribuyó a generar más

⁴⁵ Ver Art. 1 de la Constitución del Ecuador 2008.

precedentes de ley. Este fue un período que, en general vio el triunfo de los puntos de vista liberales de la inversión extranjera y un intento de la transposición de esas opiniones en el derecho internacional. (Sornarajah, 2010)

Al hablar de un cambio de modelo Estatal, que rompe con los principios del liberalismo económico, el Ecuador no está realizando una simple reforma constitucional, está realizando un cambio de las bases mismas del Estado, destruyendo uno y creando otro.

La Convención de Viena determina las condiciones necesarias para que el cambio de circunstancias pueda ser argumentado como fundamento para la terminación unilateral de un tratado internacional, mismas que se encuentran establecidas en su artículo 62 al establecer que:

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 tratado.*
2. *Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:*
 - a) *Si el tratado establece una frontera; o,*
 - b) *Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.*
3. *Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado. (Convención de Viena, 1969)*

La primera disposición del artículo 62 de la Convención de Viena, establece la necesidad de “*existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado*”. (Convención de Viena, 1969), en relación a este tema, podemos anotar que parte esencial del consentimiento otorgado por el Estado ecuatoriano para obligarse a con los TBI era la existencia de normas constitucionales que se amparaban en una realidad social, política y económica de un Estado de tipo neoliberal, de ahí que dichas disposiciones constitucionales se encontrarían en estrecha vinculación con la normativa de los TBI.

La Corte Constitucional se hace eco de este criterio al mencionar en su Dictamen sobre el TBI con China que:

El “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” fue suscrito el 21 de marzo de 1994 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 352-B del 2 de junio de 1997, es decir, cuando se encontraban vigentes las codificaciones de la Constitución de 1993 (Ley 25, Registro Oficial No. 183 del 5 de mayo de 1993) y la de 1997 (Registro Oficial 2 del 13 de febrero de 1997), respectivamente, en las cuales no existía la prohibición de celebrar dicho tratado, por el cual el Ecuador se somete a la jurisdicción y competencia de tribunales arbitrales, tanto para el caso de controversias entre los Estados Partes (Ecuador y China) derivadas de la interpretación y aplicación del Convenio, como de las controversias surgidas, en relación con una inversión, entre un inversionista nacional de alguno de estos Estados y el Estado receptor de inversiones, por tanto, no se transgredía ninguna norma constitucional. (Corte Constitucional D. R., 2010)

Es decir que al momento de su firma los TBI (pues este criterio es amplio hacia la gran parte de TBI firmados en la década del 90), se encontraban en total coincidencia jurídica con la Constitución del Ecuador y sus leyes, pero además en coincidencia ideológica, política y económica con el modelo de Estado consagrado en la Constitución vigente al momento.

Con el cambio de paradigma fundamental del Estado ecuatoriano, que ocurren en la Constituyente de Montecristi en el 2008, estas coincidencias dejan de existir, no revocando el consentimiento otorgado por el Ecuador al momento de la suscripción de los TBI, pero sí modificando las circunstancias hacia una manifiesta incompatibilidad de estos instrumentos internacionales con la Constitución y por ende con el Estado ecuatoriano.

Por otro lado, tanto las disposiciones del TBI con los Estados Unidos como las del TBI con China, estipulan ceder jurisdicción a instancias internacionales, hecho que se ha explicado contraviene directamente lo prescrito por nuestra Constitución, por lo que es imposible cumplir con dichas disposiciones so pena de actuar ilegal e inconstitucionalmente en el Ecuador. Este hecho que claramente configura el requisito del apartado b) del artículo 69 de la Convención de Viena, referido al cambio de circunstancias que *“tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.”* (Convención de Viena, 1969)

Por último, cabe mencionar que de ninguna manera el cambio de circunstancias ocurrido por la Constituyente de Montecristi del 2008, llama a la modificación de una frontera o se deduce de una violación de las disposiciones de los TBI, más aún cuando el Ecuador ha participado vehementemente de arbitrajes internacionales producto de los

TBI, como lo demuestran los casos OXY, CHEVRON o PERENCO. Configurando un clima propicio para argumentar la denuncia de estos TBI.

5. La denuncia de los TBI ante el Derecho Internacional y la Constitución ecuatoriana.

Como hemos podido observar los TBI presentan algunas contradicciones con la Constitución ecuatoriana, la Corte Constitucional sin embargo ha hecho hincapié en la manifiesta contradicción que presentan sus cláusulas de resolución de controversias con el artículo 422 de la Constitución del Ecuador.

Es en base a la determinación de esta contradicción que la Corte Constitucional determina la necesidad de denunciar los TBI suscritos con los Estados Unidos y con la China, así en el caso de Estados Unidos la corte resuelve:

1. *La denuncia del "Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones", suscrito por el Estado ecuatoriano el 27 de agosto de 1993, requiere aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional, por encontrarse dentro de los casos que establece el artículo 419, numeral 6 de la Constitución de la República.*
2. *Dictamina la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos: VI, numeral 2, literales a, b y c; VII y X del "Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones". (Corte Constitucional D. E., 2010)*

Consecuentemente con este criterio la Corte en el caso del TBI suscrito con la República Popular China resuelve:

1. *Declarar que el artículo 9, numeral 3 del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones" contradice lo dispuesto en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República, en cuanto a la prohibición de celebrar tratados o instrumentos internacionales en que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.*
2. *Declarar que, al encontrarse el instrumento internacional analizado en contradicción con el texto constitucional, es procedente continuar el trámite correspondiente para su denuncia. (Corte Constitucional D. R., 2010)*

La denuncia de los tratados como habíamos anotado anteriormente, se encuentra ampliamente reconocida por el Derecho Internacional, en razón de que la misma se

desprende de la capacidad soberana de los Estados, pues si un Estado tiene plena capacidad para consentir y obligarse tiene por lógica la misma capacidad para disentir y desobligarse en el plano internacional, capacidades que emanan de su potestad soberana en cuanto Estado libre e independiente, con características de igualdad en el plano internacional.

Esta capacidad sin embargo se encuentra constreñida a las disposiciones existentes en el Derecho internacional, en razón de la necesidad de que el retiro unilateral de un tratado por parte de un país, sea un procedimiento que garantice la vigencia de los tratados en general, una forma de excepción a la regla del Pacta Sunt Servanda.

Este razonamiento ha sido ampliamente utilizado y defendido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que en palabras de su Relator el Dr. Fitzmaurice (1975), expresa que:

La extinción o suspensión del tratado, o el retiro del tratado, no es un derecho del que las Partes gozan necesaria y automáticamente. A menos que el tratado mismo o un acuerdo especial entre las Partes contenga disposiciones particulares sobre este punto, una Parte no puede, por su propio acto, poner fin a un tratado o suspender su aplicación....que por causas y en las condiciones que el derecho internacional reconoce expresamente como justificativas de la extinción, la suspensión o el retiro por acto unilateral. En resumen, una Parte no puede, por acto unilateral o por otro acto, denunciar o poner fin a sus obligaciones por notificación unilateral que en el caso en que el tratado o acuerdo especial entre las Partes haya previsto expresamente esta posibilidad. (Fitzmaurice, 1957)

La Corte Constitucional se hace eco de este procedimiento, acorde a las normas del Derecho Internacional y menciona en su Dictamen del TBI suscrito con la República del Perú en el que “[...] la denuncia implica una serie de requisitos, siendo uno de ellos, que la posibilidad de denuncia unilateral esté reflejada en una cláusula específica y condicionada por el principio de buena fe, pero sobre todo, por el respeto al resto de las partes en el tratado”. (Corte Constitucional D. E., 2013)

A la vez, en el Dictamen de la Corte sobre el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca con España, se refuerza el criterio mencionado, al determinar que.

El derecho internacional en materia de tratados ha previsto la figura de la denuncia precisamente en función del respeto a la libre determinación de los Estados y en la necesidad de establecer caminos que permitan a cada miembro del concierto internacional decidir con autonomía, no únicamente respecto de la voluntad positiva de someterse a determinado contrato, sino también que garantice la libertad para decidir respecto al mantenimiento de sus compromisos en términos que dicha decisión soberana ocasione la menor

cantidad de efectos negativos. La figura de la denuncia en este sentido es contemplada en la mayoría de los acuerdos, tal como ocurre con el Acuerdo que se analiza; por lo tanto, al incluirse en su texto esta posibilidad, se entiende conocida y aceptada por las partes al igual que los demás términos del instrumento. (Corte Constitucional D. P., 2013)

Basándonos en ambos criterios podemos afirmar que el Derecho Internacional concibe y permite la figura de la denuncia de tratados, en razón del respeto a la libre determinación de los Estados y en respeto a su autonomía de decisión, permitiéndoles mediante este mecanismo, decidir sobre el mantenimiento de una obligación y no solo permitiéndoles el obligarse frente a una decisión que podría resultar dañina a sus intereses.

Lo expuesto, se encuentra contemplado en la normativa sustantiva de los TBI, por ejemplo si revisamos el TBI suscrito con la Republica China, podremos encontrar que el mismo se refiere a la denuncia del tratado en los siguientes términos:

Después de expirado el periodo inicial de cinco años, cualquiera de las Partes Contratantes puede en cualquier momento posterior a esa denunciar este Convenio, enviando una notificación por escrito con por lo menos un año de anticipación a la otra Parte Contratante. (TBI China, 1994)

De igual manera el TBI suscrito con los Estados Unidos prescribe que:

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. (TBI USA, 1993)

Por tanto, son los propios TBI los que reconocen la posibilidad del retiro unilateral del tratado, claro con un tiempo prudente como requisito, pero reconociendo finalmente el derecho soberano a disentir frente a posiciones consagradas en instrumentos internacionales que pueden ser lesivos a los intereses de las partes.

Recordemos entonces que como anotamos anteriormente en esta Tesis, la Convención de Viena determina como una de las condiciones necesarias para la denuncia de un tratado, que esta posibilidad se encuentre prevista dentro de las normas del mismo, como una garantía a las partes para poder modificar sus compromisos tras un cambio de situación.

Cambio de situación que ha sido debidamente argumentada con anterioridad y que tanto a criterio de la Corte Constitucional, como apegándose estrictamente a lo mencionado por el Derecho Internacional, facultan al Ecuador a emprender la Denuncia de los TBI que mantengan contradicción con la normativa constitucional, en razón de que dicha contradicción vuelve imposible el cumplimiento de las obligaciones de los TBI, debido

al estructural del paradigma del Estado, a partir de la puesta en vigencia de la Constitución de la República en el año 2008.

CONCLUSIONES.

Desde el año 1965 el Ecuador ha firmado alrededor de 30 TBI, la gran mayoría de ellos fueron suscritos en una época en que la hegemonía tanto política como ideológica se encontraba centrada alrededor de una visión según el cual, el Estado ecuatoriano priorizaba el concepto de libre comercio y mercado y en este énfasis busco atraer inversión extranjera bajo un soporte de “amplia protección” al inversor extranjero sin un mayor control a su inversión.

En aquel período, en nuestro país se concebía que tanto la política de apertura comercial y la política de libre mercado eran los requisitos previos que había que cumplir para el ingreso de inversión extranjera al Ecuador, por lo que la negociación de los TBI se realizó con esa perspectiva y significó que se asumiera a los TBI como instrumentos beneficiosos para el país y de urgente aprobación, por lo que en ninguna instancia se realizó un análisis profundo de su contenido y posibles implicaciones, tal hecho se demuestra en el análisis que de las actas en la aprobación legislativa de los TBI suscritos con la República Popular China y con los Estados Unidos de Norte América, en donde el Congreso Nacional de la época, puso un mínimo interés en el examen de los mencionados instrumentos internacionales, aprobándolos sin debate de los mismos.

Es paradigmático que en el caso del TBI con los Estado Unidos, tan solo un Diputado (Diego Delgado Jara), haya manifestado preocupación frente a la forma en que se aprobaba este instrumento internacional, sin ser escuchado por ninguno de los Legisladores presentes, de otro lado el TBI suscrito con la China se aprobó en “combo” junto a varios otros instrumentos internacionales del mismo tipo, demostrando confusión en el procedimiento de adopción de Tratados internacionales y una ligereza en la aplicación del mismo por parte de los Legisladores ecuatorianos de aquella época.

Será con la nueva Constitución (2008), que tanto el procedimiento para la adopción de instrumentos internacionales, como los principios que rigen a las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano adquieren mayor claridad.

De igual manera la Constitución de 2008 al plantear un nuevo modelo de Estado para el Ecuador, producirá un cambio profundo en la materia, modificando los conceptos políticos, económicos e ideológicos sobre los que se sustentaban los TBI en nuestro país, generando una diferencia entre los conceptos prescritos en los TBI y nuestro ordenamiento constitucional. Esta divergencia, la hace evidente la Corte Constitucional en los dictámenes analizados sobre los TBI suscritos con la China y Estados Unidos, en los que la Corte muestra la incongruencia que existe entre las cláusulas de resolución de conflictos de los dos TBI y las disposiciones de la Constitución de 2008.

Sin embargo, la Corte no profundiza el análisis de las características de los TBI, y no nota que existen otras contradicciones, tanto con la Constitución ecuatoriana como con las políticas públicas señaladas en el Plan Nacional del Buen Vivir, contradicción que se relaciona sobre todo en la limitación a la capacidad regulatoria del Estado mediante la prohibición del establecimiento de requisitos de desempeño, protección y seguridad plenas o el trato de la nación más favorecida, en las cláusulas sustantivas de los TBI.

Estas cláusulas se han demostrado perjudiciales al Ecuador a través de las demandas internacionales planteadas por empresas multinacionales como Chevron, Occidental, Burlington o Perenco y son utilizadas por los árbitros internacionales mediante interpretación extensiva, en beneficio de las multinacionales y en detrimento de los intereses de los Estados.

De todas maneras la Corte Constitucional dictamina la necesidad de denunciar los TBI suscritos con los Estados Unidos de Norteamérica y la República Popular China. Denuncia que se fundamenta en lo prescrito por la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, cuando concurre un cambio fundamental de circunstancias existe la posibilidad de denuncia de un Tratado.

La Corte Constitucional argumenta que existe un cambio fundamental de circunstancias en la aplicación de los TBI, a partir de la adopción de la nueva Constitución de 2008, por lo que el Ecuador estaría plenamente facultado, en concordancia con el Derecho Internacional, para emprender el procedimiento de denuncia de éstos Tratados y resolver las contradicciones existentes entre la Constitución ecuatoriana y los TBI.

RECOMENDACIONES.⁴⁶

1. Los dictámenes emitidos sobre la constitucionalidad de los TBI suscritos con los Estados Unidos y la República Popular China son instrumentos vinculantes⁴⁷, por lo que se debería continuar con el proceso de denuncia tal y como mandata la Corte Constitucional, mismo que hasta el día de hoy se mantiene inconcluso en la Asamblea Nacional, pese a contar con el dictamen de la Corte y a estar contemplada la posibilidad de denuncia en las propias cláusulas de estos dos TBI.
2. La concreción de la denuncia de los TBI no significa la desprotección de la inversión extranjera bajo el régimen de protección que estos instrumentos internacionales otorgan, pues en ambos casos (TBI suscrito con China y TBI suscrito con Estados Unidos) se contemplan cláusulas de remanencia así el TBI suscrito con los Estados Unidos determina que :

Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación. (TBI USA, 1993)

De igual manera el TBI suscrito con China menciona que:

Con respecto a inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del presente Convenio, las disposiciones del Artículo 1 al 12 seguirán vigentes por un período adicional de diez años desde dicha fecha de denuncia. (TBI China, 1994)

En lo que respecta a las nuevas inversiones que se realicen en el país, el Ecuador cuenta con un régimen de inversión nacional establecido en del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), que otorga un nivel de protección similar al desarrollado por los TBI, pues por ejemplo determina el trato no discriminatorio⁴⁸, Derecho de propiedad⁴⁹ y establece de

⁴⁶ Estas recomendaciones están basadas en el trabajo desarrollado por el autor de la tesis en 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), sin embargo se presentan a través de ideas y redacción original del autor de la tesis.

⁴⁷ La Constitución en su artículo 436 numeral 1, determina que los dictámenes que emite la Corte Constitucional tienen carácter vinculante.

⁴⁸ Ver artículo 17 del COPCI

manera responsable derechos a los inversionistas extranjeros como el “*libre acceso al sistema financiero nacional y al mercado de valores para obtener recursos financieros de corto, mediano y largo plazos.*” (COPCI, 2010) O el “*libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, cooperación, tecnología y otros equivalentes.*” (COPCI, 2010)

Este régimen expuesto en el COPCI, claramente ofrece garantías e incentivos a la inversión extranjera, pero a la vez, limita ceder jurisdicción a instancias extranjeras, lo cual permite al Estado ecuatoriano, resolver las controversias que ocurrieren con empresas multinacionales o foráneas dentro del marco de la jurisdicción nacional, siendo una importante opción a tomarse en cuenta en este sentido y que debería ser ampliamente promocionada por el Ecuador en el ámbito internacional.

3. De no considerarse suficiente el régimen de inversiones previsto en el COPCI, una posibilidad es la renegociación de los TBI en base a un convenio marco desarrollado por el Ecuador, en el cual se consideren algunos cambios a las cláusulas sustantivas que comúnmente hacen parte de los TBI como :

- Preámbulo.

Orientar el preámbulo del Convenio hacia una visión más restrictiva, que impida la interpretación extensiva del mismo, mediante la inserción de conceptos como Buen Vivir, desarrollo sostenido y sostenible, y en general aquellos concepto que permitan transitar de un Convenio cuyo objeto es la salvaguardia de las inversiones, a un Convenio que contemple el beneficio de la sociedad como fin.

- Definición de Inversionista.

Realizar una definición restrictiva de inversionista, determinando de manera clara y precisa que esta calidad se reputa tan solo a las personas jurídicas de los Estados parte, estableciendo periodos mínimos de operación, tiempos de tributación, y de administración en el Estado del que es natural, a fin de que se pueda limitar el “*treaty shopping*” realizado por las multinacionales con la finalidad de obtener situaciones ventajosas para sus capitales en detrimento de los Estados sede de la inversión.

- Trato Nacional.

⁴⁹ Ver artículo 18 del COPCI

En relación al trato nacional sería importante el determinar la vigencia del mismo tan solo en lo que se refiere a la operación en ejercicio de la inversión, manteniendo límites que permitan al Ecuador salvaguardar por ejemplo, el desempeño de la economía popular y solidaria y los sectores de interés estratégico para el país.

Reservando para el Ecuador la potestad de establecer en reglamentos y leyes futuras, los sectores que se excluirán de trato nacional en razón del interés primordial del Estado o la protección de la naturaleza y los recursos naturales del país.

- Trato de la Nación más Favorecida.

Limitar el ejercicio de este derecho a la operación en ejercicio de la inversión, excluyendo de esta cláusula a los acuerdos comerciales que presenten importancia estratégica para el desarrollo del país como los acuerdos de comercio e integración a nivel regional, uniones aduaneras, etc. Excluyendo además la posibilidad de que esta cláusula pueda alegarse como fundamento para un proceso de arbitraje o mediación en el que se ceda jurisdicción a instancias internacionales.

- Trato justo y equitativo.

Esta cláusula se debe restringir en orden de que se considere como trato justo y equitativo tan solo a las posibilidades materiales de la inversión en relación al componente normal de su inversión en términos económicos, quehacer que debe obviamente contemplarse, desde la visión nacional en relación a las normales expectativas que puede tener un empresario nacional, excluyendo toda posibilidad de exenciones tributarias o compromisos sociales tales como evitar posibles disturbios o manifestaciones políticas, excluyendo también por completo a las legítimas expectativas del inversor como el método de evaluación de lo justo y equitativo.

- Expropiación.

Es muy importante definir claramente el concepto de expropiación, estableciendo puntualmente, los casos en que un accionar estatal constituye expropiación como en el caso de declaración de utilidad pública, casos en los que el inversionista deberá ser debidamente compensado por el Ecuador; pero eliminando por completo conceptos como expropiación indirecta o medidas equivalentes a expropiación, que lo que buscan es limitar la capacidad tributaria del Estado.

- Derecho Aplicable y Controversias.

Establecer como derecho aplicable a las controversias el derecho ecuatoriano específico sobre el tema (COPCI), pero incorporar como elementos de análisis las políticas públicas ecuatorianas como el PNBV en razón de que sirvan como sustento para interpretación del TBI.

Las controversias deberán solventarse en primer lugar a nivel interno como requisito previo para cualquier cesión de jurisdicción a instancias extranjeras de mediación y arbitraje, tomando en cuenta la disposición constitucional de que las mismas podrán realizarse tan solo a nivel regional.

4. Establecimiento de una política pública de inversiones.

La visión neoliberal que imperaba en el Estado ecuatoriano determinó que la planificación nacional sea considerada prácticamente como inconveniente, lo cual determinó la ausencia de una política pública en materia de inversiones, dejando a los TBI prácticamente como la única regulación en la materia.

Por tanto, el Ecuador debería generar una política pública que incorpore requisitos de ingreso a la inversión extranjera, a partir de una calificación de la inversión que el país requiere y a las condiciones que la misma debe cumplir, para poder establecerse en nuestra nación.

Este por supuesto no es un concepto nuevo y ya ha sido contemplado por varios países extranjeros como por ejemplo Qatar⁵⁰, que en su ley No. (13) del año 2000, para la Organización de la Inversión de Capital Extranjero en la Actividad Económica determina que, “Los inversores extranjeros pueden invertir en todos los sectores de la economía nacional, siempre que tengan un socio (s) de Qatar cuya participación en el capital no podrá ser inferior a 51% y la empresa este legalmente establecida de conformidad con las disposiciones de la ley.”

Desde esta perspectiva, para el Ecuador es muy importante el reforzar su capacidad soberana, determinando de manera clara el tipo de inversión que se busca y como ésta debe estar orientada con los preceptos contemplados por el PNBV, y articulada en una política pública específica que permita su seguimiento y ejecución.

⁵⁰ Qatar es considerado como una de las 48 mejores economías para hacer negocios según el Banco Mundial, según lo manifiesta el análisis realizado por la firma internacional KPMG en su reporte anual sobre inversiones. <https://www.kpmg.com/QA/en/services/tax/Documents/Investing%20in%20Qatar.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

- Aconcci, P. (2005). THE MOST-FAVOURLED-NATION TREATMENT AND INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT. *Transnational Dispute Management Vol. 2 - issue 5*.
- Albites-Bedoya, J. (2008). A Closer Look At the National Treatment Standard: Stocktaking of Venezuelan Bits and Review of Arbitral Practice. *Transnational Dispute Management Vol. 5, issue 2*.
- Amado, J. D. (2005). LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. *THEMIS 50 REVISTA DE DERECHO*, 59-68.
- Americana, S. C. (1928, Febrero 20). Convencion sobre Tratados. *Convencion sobre Tratados*. la Habana, la Habana, Cuna: Sexta Conferencia Internacional Americana.
- Andrade Sanchez, E. (1992). La Soberania Popular . In I. D. JURÍDICAS, *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario* (pp. 355-368). Mexico D.F.: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barberis, J. A. (1982). El concepto de Tratado Internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional* , 3-28.
- Bermejo Gómez de Segura, R. (1997). Libre mercado versus desarrollo sostenible. Gipuzkoa, Comunidad autonoma del Pais Vasco, España.
- Bidegain, G. (1980). El FMI, la Trilateral y un nuevo orden economico y monetario. . *Nueva Sociedad*.
- Cantegreil, J. (2011). The Audacity of the Texaco/ Calasiatic Award: Rene Jean Dupuy and the Internationalization of the Foreign Investment Law. *European journal of International Law* , 444.
- Carrillo, J. A. (1983). Apuntes para la catedra de Derecho Internacional Privado. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana numero 15* .
- Condon, B. J. (2007). *El Derecho de la Organización Mundial de Co*. Londres: Cameron May.
- Congreso Nacional, A. 1. (1994, Septiembre 1). Acta 17 de 1 de septiembre de 1994. *Acta 17 de 1 de septiembre de 1994*. Quito, Pichincha, Ecuador: Congreso Nacional.
- Constitucion de la República del Ecuador. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Montecristi, Manabi, Ecuador.
- Constitucion de la Republica del Ecuador, 1. (1984, Junio 12). CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, CODIFICACION 1984. *CONSTITUCION POLITICA DE LA*

REPUBLICA DEL ECUADOR, CODIFICACION 1984. Quito, Pichincha, Ecuador : Registro Oficial.

- Constitución del Ecuador Codificación de, 1. (1993). Constitución del Ecuador Codificación de 1993. Ecuador.
- Constitucional, L. O. (2009, Octubre 22). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* . Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador, 1. (1998, Agosto 11). Constitución de la República del Ecuador 1998. *Constitucion de la Republica del Ecuador 1998.* Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Convención de Viena, 1. (1969, Mayo 23). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados . *Convencion de Viena sobre el Derecho de los Tratados* . Viena, Viena , Austria .
- *Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados.* (1993). Montevideo.
- COPCI, 2. (2010, Diciembre 29). Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. *Codigo Organico de la Produccion Comercio e Inversiones.* Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Coraggio, J. L. (2011). *ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA. El Trabajo antes que el Capital.* Quito : Abya-Yala.
- Corte Constitucional, D. E. (2010, Noviembre 25). Dictamen N. 043-10-DTI-CC. *Dictamen N. 043-10-DTI-CC.* Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Corte Constitucional, D. E. (2013, Abril 25). Dictamen Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca con España, No. 010-13-DTI-CC . *Dictamen Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca con España, No. 010-13-DTI-CC* . Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Corte Constitucional, D. P. (2013, Noviembre 26). Dictamen No. 032-13-DTI-CC del Convenio Promoción Recíproca de inversiones con Perú. *Dictamen No. 032-13-DTI-CC del Convenio Promoción Recíproca de inversiones con Perú.* Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Corte Constitucional, D. R. (2010, Julio 29). DICTAMEN No. 027-10-DTI-CC. *DICTAMEN No. 027-10-DTI-CC.* Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law.* Oxford: Oxford University Press.
- Fair, H. (2008). La Globalización Neoliberal: Transformaciones y efectos de un Discurso Hegemónico. *Kairos.*
- Fitzmaurice, G. (1957). ACIDI, Deuxieme Rapport Vol. II. *ACIDI, Deuxieme Rapport Vol. II.*
- Freire Castello, N. (2014). Tratados desiguales e integración regional: examen doctrinario y aplicación al caso chileno-boliviano. *Tratados desiguales e integración regional: examen doctrinario y aplicación al caso chileno-boliviano.* Montevideo .

- Funcion Legislativa, L. O. (1992, Enero 28). Ley Organica de la Funcion Legislativa. *Ley Organica de la Funcion Legislativa*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 862.
- GATT, G. A. (1947, Noviembre). General Agreement on Tariffs and Trade. *General Agreement on Tariffs and Trade*. La Habana , La Habana, Cuba: Naciones Unidas.
- Gonzalez de Cossio, F. (2009). Trato justo y equitativo en arbitraje de inversión: un ejercicio interpretativo. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*.
- Gorriaran, R. (1985, Septiembre 10). Ecuador solicita la liberalización de las inversiones extranjeras en el Pacto Andino. *El Pais*.
- Gran Enciclopedia de Economia, .. (n.d.). *Economia 48 Gran Enciclopedia de Economia*. Retrieved Febrero 9, 2015, from Economia 48 Gran Enciclopedia de Economia: <http://www.economia48.com/spa/d/sistema-economico-de-mercado/sistema-economico-de-mercado.htm>
- Habana, C. s. (1928, Febrero 20). Convencion sobre tratados de la Habana 1928. La Habana, La Habana, Cuba.
- Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Publico*. Mexico: UNAM, Instituto de Investigaciones Juridicas.
- Houtart, F. A. (2003). Que es el imperialismo. *Temas*, 33-34.
- Lasalle, F. (1994). *¿ Que es una Constitucion?* Panamericana Editorial.
- Legislativa, L. O. (2009, Julio 27). Ley Organica de la Funcion Legislativa. *Ley Organica de la Funcion Legislativa*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Legum, B. (2005). Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim? *MAKING THE MOST OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS*:. Paris: SYMPOSIUM CO-ORGANISED BY ICSID, OECD AND UNCTAD .
- Mendez Silva, R. (1970). Los principios del Derevho de los tratados. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,, 93-108.
- Monroy, M. (2002). *Derecho Internacional Publico*. Editorial Temis S.A.
- Murphy, C. (1970). Coacción económica y tratados desiguale. *Revista de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile Vol.4*, 82-103.
- Naciones Unidas, O. O. (2001). *Manual de Tratados*. Nueva York: Secciond e Reproduccion de Naciones Unidas.
- Naciones Unidas, R. 3. (1974, Mayo 1). Resolución 3201 del 1 de mayo de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 3201 del 1 de mayo de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas*. Nueva York, Nueva York, Estados Unidos: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas, R. d. (1962, Diciembre 14). Resolución de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales. *Resolución de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*. Nueva York, Nueva York, Estados Unidos: Naciones Unidas.
- Newcombe & Paradell, A. &. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties*. Netherlands: Kluwer Law International.

- Nowrot, K. (2011). International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism. *Transnational Dispute Management Vol. 8, issue 1*.
- Occidental Petroleum Corporation vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11 (CIADI Junio 2011).
- Olivet, C. (2012). *Cuando la injusticia es negocio Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Bruselas / Amsterdam: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute.
- Plan Nacional Para el Buen Vivir 2013, S. (2013). *Plan Nacional Para el Buen Vivir 2013-2017*. Quito: SENPLADES.
- Ramirez Flores, N. (2007). Clausula Rebus Sic Stantibus: ¿ Una opción para el problema del agua en la frontera norte? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional vol VII*, 623-641.
- Reglamento Interno, F. L. (1993). Reglamento Interno de la Funcion Legislativa. *Reglamento Interno de la Funcion Legislativa*. Quito, Pichincha, Ecuador: Congreso Nacional.
- Rodriguez Grez, P. (2008). Pacta Sunt Servanda . *Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 18*.
- Sayagues Laso, E. (1974). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Talleres Graficos Barreiro y Ramos S.A. .
- Schreuer, C. (2010). Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, 1-17.
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- State, U. D. (2015). *Pagina web del U.S. Department of State*. Retrieved Enero 25, 2015, from Pagina web del U.S. Department of State: <http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit/>
- Talavera, F. N. (2013). Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho. *Agenda Internacional*, 109-134.
- TBI China, E. (1994, Marzo 21). Tratado Bilateral de Inversiones entre la Republica Popular China y la Republica del Ecuador. *Tratado Bilateral de Inversiones entre la Republica Popular China y la Republica del Ecuador*. Beijing, China.
- TBI USA, T. B. (1993, Agosto 27). Tratado de Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones entre el Ecuador y Los Estados Unidos. *Tratado de Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones entre el Ecuador y Los Estados Unidos*. Registro Oficial.
- Tecmed contra los Estados Unidos Mexicanos, CASO No. ARB (AF)/00/2 (CIADI Mayo 29, 2003).
- The International Institute for Sustainable Development. (2013). *Chinese Outward Investment: An emerging policy framework*. Winnipeg: The International Institute for Sustainable Development.
- UNCTC. (1992). *Bilateral Investment Treaties* . New York : United Nations and International Chamber of Commerce Publication .
- Villorio Toranzo, M. (1980). El Derecho Internacional Publico como rama de la Ciencia del Derecho. *Revista Juridica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* .

ÍNDICE.

Síntesis de la Tesis.	4
INTRODUCCIÓN.	5
CAPITULO I.....	6
1. Los tratados internacionales en el Derecho Internacional.....	6
1.1. El origen histórico de los tratados en el Derecho Internacional.	6
1.2. Características y principios de los tratados internacionales.....	13
1.2.1. Características de los tratados internacionales.	13
1.2.2. Principios de los tratados internacionales.	17
2. Los TBI.	24
2.1. Origen histórico de los TBI.	25
2.2. Características y principios de los TBI.	34
2.2.1. Países exportadores de capital y países importadores de capital.	35
2.2.2. Bilateralidad de la relación.....	36
2.2.3. Definición de inversión.	37
2.2.4. Estándares de tratamiento.	40
2.2.4.1. Trato de la nación más favorecida.....	41
2.2.4.2. Trato nacional.....	42
2.2.4.3. Trato justo y equitativo.....	44
2.2.4.4. Clausula arbitral.	45
2.2.4.5. Expropiación.	47
2.2.4.6. Protección y seguridad totales.....	49
2.2.4.7. Cláusula paraguas.....	50
CAPITULO II.....	52
1. Principios constitucionales para la adopción de tratados internacionales.....	52
1.1. La supremacía constitucional.....	52
1.2. Principios constitucionales de las relaciones internacionales.....	56
1.2.1. Condena a toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y reconocimiento del derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión.....	57

1.2.2. Promover la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural.	58
1.2.3. Fomentar un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.	59
2. Mecanismos constitucionales para la aprobación de tratados internacionales.	60
3. Análisis de constitucionalidad.	71
4. Análisis de la suscripción, aprobación de los TBI con los Estados Unidos de Norte América y la República Popular China.	73
4.1. Suscripción.	73
4.2. Aprobación.	75
CAPITULO III.	82
1. Análisis comparativo entre los principios que rigen a los TBI suscritos con los Estados Unidos y China y los principios de la Constitución ecuatoriana.	82
1.1. Análisis de las cláusulas sustantivas de los TBI suscritos con los Estados Unidos y China.	82
1.1.1. Introducción.	82
1.1.2. Análisis de cláusulas sustantivas.	86
2. Análisis general de los dictámenes de la Corte Constitucional ecuatoriana, sobre los TBI con los Estados Unidos y la República Popular China.	101
3. Análisis constitucional de los TBI suscritos con los Estados Unidos y China. .	106
4. La incompatibilidad normativa y la denuncia de los TBI.	119
5. La denuncia de los TBI ante el Derecho Internacional y la Constitución ecuatoriana.	125
CONCLUSIONES.	129
RECOMENDACIONES.	131
BIBLIOGRAFÍA.	136
ÍNDICE.	140
ANEXOS.	¡Error! Marcador no definido.