



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA
Y JUSTICIA INTERNACIONAL**

TESIS DOCTORAL:

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS
CONFORMES AL DERECHO INTERNO, PERSPECTIVA DEL CASO
ECUATORIANO**

AUTOR: STALIN NAVARRO MORENO

DIRECCIÓN: DRA. ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ

Valencia, Diciembre 2023

Dedicatoria:

A la memoria de la ilustre ciudadana
Doña Victoria Matilde Moreno Guerra (1927-2009).

Agradecimiento:

A mis padres, Doña Eugenia Moreno Guerra y Don Edgar Fabián Navarro Dávila por ser mis guías y mentores. A mi hermano Don Lenin Navarro Moreno referente del Derecho Internacional. A mi esposa Doña Michelle Mecías Almeida y mi hijo Edgar Fabián Navarro Mecías por su apoyo incondicional.

A mi maestra Doña Adoración Guamán Hernández por las enseñanzas recibidas.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS	5
ABREVIATURAS UTILIZADAS	8
INTRODUCCIÓN.....	15
PRIMERA PARTE.....	30
RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO LOCAL ...	30
CAPÍTULO I. DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL PODER PÚBLICO	30
1. EL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO LOCAL.....	30
1.1. El reconocimiento internacional del Estado.	37
1.2. La determinación del Estado de derecho.	41
1.3. El <i>ius cogens</i> internacional.....	43
1.4. La constitucionalidad de compromisos internacionales.	46
2. LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y LOS CAMBIOS NORMATIVOS INCLUIDOS LOS CONSTITUCIONALES.	52
2.1. Antecedentes.	52
2.2. Cambios del derecho local frente al derecho internacional.....	61
2.3. Las cláusulas de estabilización.....	63
2.4. El Poder Constituyente frente a la estabilidad.	66
3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SEGÚN LA NORMATIVA LOCAL.....	74
3.1. Posible aplicación de la ley local.	76
3.2. La responsabilidad constitucional.	77
3.3. La responsabilidad civil y administrativa.....	83
3.4. Responsabilidad penal y consecuencias transfronterizas.	86
4. DERECHO DE REPETICIÓN Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.	89
5. RESPONSABILIDAD EN DERECHOS HUMANOS.....	93
5.1. Agotamiento de recursos internos.....	101
5.2. Responsabilidad de Ecuador en materia de derechos humanos.	103
6. SALIDA Y REGRESO DEL ECUADOR AL CIADI.....	107
CAPÍTULO II. INVOCACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.....	111
1. INCORPORACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	111
2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.	119
3. CONFORMIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON EL ORDENAMIENTO INTERNO Y SU CASUÍSTICA.....	125

4. PRINCIPIOS NO ESCRITOS.....	135
5. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.....	147
Conclusiones a la Primera Parte.....	153
PARTE SEGUNDA.....	155
LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y SUS DIVERSOS NIVELES	155
CAPITULO III. PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	155
1. COMPATIBILIDAD DE LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD CON LOS ATRIBUTOS DE PODER DEL ESTADO.....	155
1.1. Atribución por actos privados.....	162
1.2. Deberes de los Estados.....	163
2. RESPONSABILIDAD PERSONAL Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS.....	166
3. ACTOS DEL PODER PÚBLICO Y SUS IMPLICACIONES FRENTE A LOS SUJETOS DE DERECHO.....	173
4. GLOBALIZACIÓN Y EL PODER PÚBLICO.....	179
5. GOBIERNO RESPONSABLE FRENTE A OBLIGACIONES INTERNACIONALES.....	182
6. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.....	191
6.1. Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado.....	191
6.2. Responsabilidad del Estado y aplicación internacional.....	197
6.3. Casuística relevante.....	204
7. ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	209
7.1 Arbitraje entre Estados Soberanos.....	211
7.2 Arbitraje Comercial y de Inversión.....	218
7.2.1. Diferencias sustanciales.....	221
7.2.2. Cifras relevantes.....	226
8. EXPROPIACIÓN DIRECTA Y REGULATORIA.....	227
Conclusiones a la Segunda Parte.....	238
PARTE TERCERA.....	240
EL ESTADO FRENTE A LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL.....	240
CAPÍTULO IV. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL FRENTE AL PODER PÚBLICO LOCAL.....	240
1. DOCTRINAS LATINOAMERICANAS Y SU INTERPRETACIÓN.....	240
1.1. Teoría Calvo.....	241
1.2. Doctrina Drago.....	241
1.3. Doctrina Estrada.....	242
1.4. Doctrina Tobar.....	242
2. NOCIÓN EVOLUTIVA DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA.....	243

3. CORTES DE ARBITRAJE.....	252
3.1. Corte Permanente de Arbitraje.	254
3.2. El CIADI.	255
4. DISPUTAS COMERCIALES Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC).	261
4.1. El Comercio y las Relaciones Internacionales.	263
4.2. La Organización Mundial del Comercio (OMC).	267
CAPÍTULO V. PRIVILEGIOS DEL ESTADO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD	275
1. PRINCIPIOS DE NO INTERVENCIÓN.	275
2. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DEL ESTADO.	286
3. MEDIDAS PROVISIONALES CONTRA ESTADOS SOBERANOS.	288
4. EJECUCIÓN DE LAUDOS Y SENTENCIAS CONTRA ESTADOS SOBERANOS.	299
4.1. Ejecución de Laudos contra Estados Soberanos.	308
4.2. Balance.	309
Conclusiones a la Tercera Parte.	312
CONCLUSIONES GENERALES	314
BIBLIOGRAFÍA CITADA	318
NORMAS, RESOLUCIONES Y CASUÍSTICA CITADAS	342

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ACIRD	Centro Internacional de Resolución de Disputas
AJIL	Journal Americano de Derecho Internacional
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
AN	Asamblea Nacional del Ecuador
ANC	Asamblea Nacional Constituyente
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
BCE	Banco Central del Ecuador
BM	Banco Mundial
C.C.	Código Civil
C.E.	Constitución República del Ecuador
C.P.A.I.	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975
C.V.C.I.	Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

CAF	Banco de Desarrollo de América Latina
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CEE	Comunidades Europeas
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CGE	Contraloría General del Estado del Ecuador
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNJ	Corte Nacional de Justicia
CNUDMI (UNCITRAL)	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COA	Código Orgánico Administrativo
COGEP	Código Orgánico General de Procesos

COIP	Código Orgánico Integral Penal
COMF	Código Orgánico Monetario y Financiero
Convención de Nueva York de 1958	Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros
Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados	Convenio del CIADI
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
CPA	Corte Permanente de Arbitraje de La Haya
CPCCS	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
CPI	Corte Penal Internacional
CrCE	Corte Constitucional del Ecuador
D.P.I	Derecho Penal Internacional
DIP	Derecho Internacional Público

DIPr	Derecho Internacional Privado
DTCV	Derecho de los Tratados (Convención de Viena)
ERJAFE	Estatuto de la Función Ejecutiva del Ecuador
FGE	Fiscalía General del Estado del Ecuador
FMI	Fondo Monetario Internacional
FTA	Tratado de Libre Comercio
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ICC	International Chamber of Commerce/ Cámara de Comercio Internacional
IED/ FDI	Inversión extranjera directa

IESS	Instituto Ecuatoriano Seguridad Social
ITA	Arbitraje por Tratados
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
LOPGE	Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado
LOSNCP	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
MERCOSUR	Mercado Común del Cono Sur
MFN/ NMF	Nación más favorecida
MLR	Modern Law Review

NAFTA	North American free Trade Agreement
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONU	Organización de Naciones Unidas
PGE	Procuraduría General del Estado del Ecuador
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PRJ	Protocolo de Río de Janeiro

TBI/BIT	Tratado Bilateral de Inversión
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
U.S.	Estados Unidos de Norteamérica de América
UE	Unión Europea
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

RESUMEN

La presente investigación, a lo largo de cinco capítulos, trata sobre la responsabilidad internacional del Estado frente a actos de poder público, en sentido material y formal, a la luz del derecho local que no siempre es concordante con los estándares y principios de derecho internacional. La investigación por razones materiales y metodológicas se ha circunscrito a la experiencia de la República del Ecuador y tomando como antecedente casuística general especializada en la materia.

La tesis tiene como propósito hacer un estudio de derecho internacional y derecho público local, sobre el problema conceptual, dogmático y práctico que representa la responsabilidad internacional del Estado, cuando no existe una violación del derecho interno ni tampoco puede alegarse la existencia de un ilícito internacional.

Cumple con el propósito de realizar una contextualización del problema, desde un contexto de derecho comparado, respecto al derecho internacional y normas públicas locales, incluyendo una descripción de las doctrinas relevantes dispersas en varias materias que van desde el litigio internacional, el arbitraje, disputas Estado- Estado, derechos humanos, inversión y comercio.

Esta tesis tiene por objeto determinar la razón por la cual, Ecuador ha sido reiteradamente condenado internacionalmente en foros de diversa naturaleza y por materias heterogéneas, teniendo como principal defensa ha sido el cumplimiento del derecho local. En tal propósito, se constata un evidente desencaje entre el derecho local e internacional, el derecho público y el privado, el derecho positivo y el derecho natural; a más de diferencias conceptuales de diversos sistemas jurídicos.

La referencia explicativa de la hipótesis central versa sobre actos complejos valorados a la luz de diversos razonamientos, cuyas conclusiones cierran los argumentos desarrollados en un marco conceptual y contextual, que tienen como finalidad evitar la repetición de escenarios que puedan generar responsabilidad internacional al Estado por actos que localmente puedan ser valorados como legales.

Palabras clave.

Disputas Internacionales, Responsabilidad Internacional del Estado, Litigio Estado-Estado, Impagos de Obligaciones Internacionales, Disputas Comerciales y de Inversión, Violación de Derechos Humanos, Violación de Estándares y Principios de derecho internacional, Jurisdicción Internacional, Arbitraje Internacional, Ius Cogens.

JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA.

La presente investigación se justifica al buscar respuestas al por qué de las demandas y condenas internacionales a Ecuador, junto a la valoración jurídica de sus consecuencias, tanto desde el punto de vista del derecho internacional y del derecho comparado, como desde la perspectiva del derecho constitucional y administrativo local.

El tema de la responsabilidad internacional del Estado por actos conformes al derecho interno representa un problema teórico que, desde la perspectiva del caso ecuatoriano, no ha sido tratado en la literatura jurídica, considerando que las condenas internacionales constituyen una dificultad mayúscula que pone en peligro tanto la consolidación de un gobierno soberano como la sostenibilidad económica del país.

Si bien el ámbito principal de análisis es el derecho internacional, aquello tiene fricciones importantes con el derecho local y con las atribuciones básicas como el poder constituyente, la potestad de legislar, la facultad jurisdiccional de juzgar y la de dictar actos administrativos regulatorios o de administración en general.

Dentro de la responsabilidad internacional del Estado se presenta una dificultad al relacionar las premisas normativas con las situaciones fácticas ya que, en muchos casos, la casuística desborda las normas de derecho positivo previamente existentes. A esto se suma la discrepancia interpretativa que puede tener un mismo caso a la luz del derecho positivo o del derecho natural.

El tema de litigios internacionales complejos no es estudiado como una asignatura general, llevando erradamente al argumento de que abogados extranjeros deben asumir el patrocinio del Estado respecto a sus intereses soberanos. Aquello implica perpetuar generalizaciones sobre falta de capacidad local, a la par de desarrollar defensas de derecho interno que no tienen importancia ni eficacia internacional.

El derecho internacional, en su concepción y dimensión actual, no está en capacidad de dar soluciones generales y predecibles, razón por la cual, priman aspectos ajenos a lo meramente jurídico, como el hecho de elegir bien o mal los árbitros, peritos, abogados de parte, etc.

Evidenciar los desencajes conceptuales y proponer soluciones mínimas que den seguridad a los Estados ante demandas internacionales, guardando como contrapeso conductas éticas y de eficiencia, justifica el problema planteado en la presente investigación.

Metodología.

Se ha utilizado el método sintético, histórico, analítico y sistemático, con el objeto de racionalizar y conceptualizar una plétora de información dispersa carente de categorización conceptual.

La taxonomía es básicamente documental, esto significa: doctrinal, casuística (local, extranjera e internacional) y normativa (local, extranjera e internacional). Esta división se amplía grandemente en consideración a que dichos documentos están inspirados en diversas tradiciones jurídicas que otorgan valores y significaciones distintas al derecho y a los hechos, lo que agrega al problema la falta de unificación del derecho y sus métodos.

El uso de diversos tipos de interpretación jurídica sobre la base de una línea argumental uniforme ha permitido presentar un nuevo contexto teórico

La investigación tiene una naturaleza cuantitativa y cualitativa; exploratoria, descriptiva y explicativa; e histórica, y a la vez descriptiva-actual. Versa sobre temas de litigio Estado-Estado, disputas comerciales y de inversión contra Estados, violación de derechos humanos, y violación de estándares y principios de derecho internacional. Lo anteriormente mencionado frente a quiebres conceptuales entre el derecho local y el surgimiento de bases para la consolidación de una jurisdicción internacional.

Se trata de una investigación teórica sobre el análisis de nociones abstractas y construcciones de datos indirectos, no tangibles. Pese a lo difícil del tema y la presencia necesaria de la lógica y filosofía jurídica para llenar vacíos y lagunas, se busca recudir al máximo todo ejercicio teórico especulativo. La investigación, sus hipótesis y resultados pretenden un fin cognitivo.

Problema.

El problema de la investigación se centra en la pregunta: *¿puede un Estado soberano ser condenado internacionalmente por actos y hechos conformes al derecho local?*.

El problema se delimita sobre las demandas y condenas internacionales a Ecuador, para cuyo efecto se realiza una valoración jurídica de sus consecuencias, tanto desde el punto de vista del derecho internacional como del derecho comparado.

Hipótesis.

La hipótesis de carácter relacional y causal expresa:

Existe una desconexión entre el derecho local y el derecho internacional que conlleva un funcionamiento independiente de ambas esferas, junto a la potencial condena internacional al Estado por actos o hechos válidos y legales a la luz del derecho local.

Objetivos.

Entre los objetivos de la investigación destacan:

- Valorar la pertinencia de que tribunales internacionales puedan determinar responsabilidad internacional del Estado respecto a decisiones internas adoptadas por autoridades de la administración pública, legisladores o jueces competentes, cuando éstas cuentan con estándares locales mínimos de legalidad.
- Analizar los principios del derecho internacional frente a su relación de supremacía con el derecho local.
- Examinar la responsabilidad internacional del Estado sobre la base de las normas sustantivas del derecho local aplicables al fondo de las controversias y valoradas bajo estándares de protección internacional.
- Analizar la *ratio decidendi* y *obiter dicta* de la casuística más relevante en la que Ecuador ha sido demandado y condenado por instancias internacionales.
- Analizar las dificultades que ha debido sobrellevar el Estado ecuatoriano ante demandas internacionales, respecto de hechos o actos legales a la luz del ordenamiento local.
- Determinar las bases para la reconstrucción del núcleo teórico de la responsabilidad internacional del Estado. Este es el elemento central que evitará repetir conductas y omisiones internacionalmente sancionables.
- Determinar parámetros jurídicos objetivos que faciliten la defensa jurídica de los intereses del Estado referidos al interés público y bien general de la sociedad.

INTRODUCCIÓN

Existe en muchas ocasiones una desconexión entre el derecho local y el derecho internacional que conlleva un funcionamiento independiente de ambas esferas junto a la potencial condena internacional de los Estados por actos o hechos válidos y legales a la luz de su ordenamiento jurídico nacional. En efecto, la posibilidad de que un Estado sea internacionalmente responsable por actos encuadrados en su normativa interna es latente, lo cual genera dificultades dentro de la teoría jurídica, pero principalmente conlleva un contingente litigioso que puede desestabilizar financiera y políticamente al Estado, además de causar inseguridad a los operadores políticos y jurídicos frente a una incertidumbre por no conocer el real alcance de los compromisos internacionales vigentes.

Específicamente, Ecuador ha sido sujeto de responsabilidad internacional con condenas relevantes tanto en lo económico como en lo jurídico, que han sido materia de estudio internacional a la luz de doctrinas inconexas y dispersas, que van desde temas de derecho internacional como de litigio internacional. En este sentido, determinar las causas y el marco lógico-conceptual de toda la multiplicidad de hechos busca contextualizar la justicia, pertinencia y razonabilidad de las sanciones impuestas al Estado, en equilibrio con el respeto efectivo de los derechos de terceros y la posibilidad de ejercer su soberanía para ejecutar cambios normativos y estructurales sin verse limitado.

Por lo tanto, la presente investigación desborda el tradicional estudio de la responsabilidad internacional del Estado por ilícitos, enfocándose en la valoración normativa y la ponderación de la *ratio decidendi* de los casos más importantes del mundo en materia de litigio Estado-Estado, impagos de obligaciones internacionales, disputas comerciales y de inversión, violación de derechos humanos y, violación de estándares y principios del derecho internacional, además del análisis paralelo de todos los casos particulares de Ecuador en los que ha sido demandado y condenado por instancias internacionales, en razón de la adopción de decisiones fundamentadas en la aplicación de su derecho público local o decisiones de gobierno.

El problema conceptual, dogmático y práctico que representa la responsabilidad internacional del Estado, cuando no se verifica en los hechos una violación del derecho interno ni tampoco puede alegarse la existencia propiamente de un ilícito internacional,

conlleva un evidente desencaje entre el derecho local y el internacional, entre el derecho público y el privado, y entre el derecho positivo y el natural; a más de diferencias conceptuales entre los diversos sistemas jurídicos.

En los litigios internacionales contra Estados soberanos, esencialmente interviene como ley aplicable el derecho público local, sin considerar que en muchas ocasiones aquel puede contravenir principios del derecho internacional o estándares supranacionales. El problema se ahonda cuando los agentes del Estado, en cumplimiento de disposiciones específicas del ordenamiento jurídico interno vigente, pueden llegar a inobservar dichos principios o estándares y ser responsables directos por condenas impuestas al Estado. Si bien todo Estado tiene la obligación de respetar el derecho internacional y los compromisos internacionales legítimamente acordados, no es menos cierto que la garantía de estabilidad constituirá siempre una limitación a la posibilidad de regulación interna e incluso de decisión de los tribunales locales.

El Ecuador ha debido sobrellevar dificultades ante demandas internacionales respecto de las cuales, en muchos casos, no tuvo la capacidad local suficiente para asumir una defensa adecuada y oportuna de sus intereses. A lo dicho, se suma el hecho de que el Estado debe depender de abogados extranjeros para resguardar sus actos de gobierno o de administración que son escrutados en foros internacionales, sin perjuicio de resaltar la importancia de mantener estándares mínimos de legalidad, respetabilidad y moral por parte del Estado para generar una práctica responsable y profesional de la administración pública.

Para abordar el tema, se han utilizado los métodos sintético, histórico, analítico y sistemático, con el objeto de racionalizar y conceptualizar una plétora de información dispersa carente de categorización conceptual. La taxonomía es básicamente documental, esto es: doctrinal, casuística (local, extranjera e internacional) y normativa (local, extranjera e internacional). Esta división se amplía grandemente en consideración a que dichos documentos están inspirados en diversas tradiciones jurídicas que otorgan valores y significaciones distintas al derecho y a los hechos, sumando al problema la falta de unificación del derecho y sus métodos, no obstante lo cual, el uso de diversos tipos de interpretación jurídica, sobre la base de una línea argumental uniforme, ha permitido presentar un nuevo contexto teórico.

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina guardan coherencia al establecer sanciones a quienes con su conducta positiva o negativa hubieren incumplido con la previsión expresa de una norma local vigente. Sin embargo, aquello que parece obvio, justo y legítimo puede llegar a no serlo a la luz de determinados principios del derecho internacional o compromisos asumidos en instrumentos internacionales. De ahí que exista bibliografía en relación con incumplimientos de compromisos internacionales en la que se analiza la naturaleza jurídica de la responsabilidad estatal y su evolución desde una concepción civil indemnizatoria, hasta llegar a una idea de reparación integral por imputación objetiva por falla del servicio o desequilibrio de las cargas públicas, cuyas consecuencias han sido fácilmente vinculadas con la responsabilidad internacional del Estado.

Para el análisis de la responsabilidad internacional del Estado, a la luz del derecho comparado, las normas del derecho internacional y las doctrinas aplicables a los casos de litigio internacional, arbitraje, disputas entre Estados, derechos humanos, inversión, comercio y sometimiento a cortes extranjeras de U.S., se hace necesario recurrir a la lógica y a la filosofía jurídica para llenar vacíos y lagunas, a fin de reducir al máximo todo ejercicio teórico especulativo.

Así mismo, la investigación tiene una naturaleza cuantitativa y cualitativa; exploratoria, descriptiva y explicativa; histórica; y, a la vez descriptiva-actual, ya que versa sobre temas de litigio Estado-Estado, impagos de obligaciones internacionales, disputas comerciales y de inversión, violación de derechos humanos, y violación de estándares y principios de derecho internacional; todo esto frente a quiebres conceptuales entre el derecho local y el surgimiento de bases para la consolidación de una jurisdicción internacional.

Destaca el análisis de los cambios normativos frente a la garantía de estabilidad y prácticas convencionales como la *stabilization clause* que pueden traducirse en la expedición de disposiciones legales o regulatorias que aseguren la inamovilidad jurídica, lo cual representa un tema con una connotación jurídica, política y social de tremenda incidencia que, por no ser completo ni general, abre muchas dudas conceptuales. La responsabilidad internacional del Estado en sus diversos niveles y modalidades de exigencia, como tema central, constituye un problema enmarañado en el que se observan varios procedimientos previstos en distintas normas sustanciales que protegen derechos de distinto orden. En este punto, se estudia la responsabilidad general del Estado y en

particular los grados de responsabilidad personal que pueden estar presentes en la casuística.

Así, la investigación se centra en el papel del Estado frente a la jurisdicción internacional y el cumplimiento de laudos, sentencias y medidas provisionales, complementando la efectiva observancia de las obligaciones en sus diversas formas versus privilegios e inmunidades. La referencia a actos complejos valorados al amparo de diversos razonamientos, cuyas conclusiones cierran los argumentos desarrollados en un marco conceptual y contextual, tienen como finalidad evitar la repetición de escenarios que pueden generar responsabilidad internacional al Estado por actos y hechos que localmente son valorados como legales.

1. El derecho internacional y el poder público.

Es sustancial para el Estado mantener estándares mínimos de juridicidad material para generar una práctica responsable y ética de la administración pública, en tal sentido, los actos de gobierno no pueden afectar a los administrados ni ser fuente de responsabilidad para el Estado con sanciones que menoscaben su presupuesto y capacidad de gobierno. En principio, un funcionario público que actúe legalmente no debería ser sancionado ni local ni internacionalmente, no obstante, en algunos casos se verifica una confrontación entre el derecho positivo local y las nociones generales naturalistas del derecho internacional, además de connotaciones sociales y políticas.

Es innegable que el derecho local puede modificarse drásticamente a raíz de cambios constitucionales o legales y aquello, en algunos casos, no solo parecería contrario al derecho internacional en general, sino que llegaría a constituir una violación de compromisos puntuales previamente contraídos, sin perjuicio de que la responsabilidad pueda darse también por la aplicación de instrumentos o normas preexistentes en el derecho interno, es decir, sin que medie reforma o derogatoria alguna del ordenamiento jurídico.

Al referirnos al procedimiento de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico local tenemos que hacer referencia a las teorías monistas y dualistas que, pese a parecer haberse agotado en su desarrollo teórico, a la vez, paradójicamente, son necesarias e insuficientes para afrontar la posible casuística. Así, se analiza la obligatoriedad de los instrumentos internacionales y su invocación directa en

la legislación nacional, lo cual, por su dificultad, puede producir conflictos prácticos y teórico.

Por otra parte, la limitación del poder soberano del Estado genera importantes interrogantes conceptuales y materiales. Como corolario, en América Latina se ha pensado en dar salidas políticas a situaciones en las que los “*hechos consumados*” han desbordado nociones básicas de legalidad y legitimidad, aquello justifica que el Estado ecuatoriano haya expedido 20 Constituciones desde 1830, fecha en la cual ocurrió la secesión de la Gran Colombia,¹ sin contar el sin número de reformas legales en cada una de ellas.

En Ecuador, dentro del marco de su historia de casi 200 años de vida republicana, cada cambio constitucional y normativo ha implicado consecuencias internacionales, no todas favorables y no todas justas. En tal virtud, existen hechos o actos locales que han merecido condenas y determinación de responsabilidades. Al efecto, como medio de defensa destaca la declaración de inconstitucionalidad de tratados internacionales, sin que ello tenga validez en el derecho internacional, ya que en aquella esfera lo correcto sería efectuar la respectiva denuncia. No obstante, es innegable que luego de un cambio constitucional habrá un segmento importante de normas jurídicas que devendrán necesariamente en inconstitucionales.

Por lo tanto, el ejercicio legítimo del Poder Constituyente podría tener fricciones con el *pacta sunt servanda* internacional y el principio de *bona fides*, que implícitamente impondrían la obligación de no alterar las condiciones jurídicas preexistentes. Esto a su vez provoca una colisión entre nociones de derecho natural y de derecho positivo, que se suma a la complejidad del derecho comparado. En menor medida, todo acto de gobierno podría verse contrario en algún momento a los estándares de protección que no son reflejo de la legalidad local.

Usualmente, quienes fungen como árbitros han estudiado en universidades de países pertenecientes al sistema jurídico del *common law*, lo cual forja dificultades conceptuales significativas ya que implica, como en el caso puntual de Ecuador, un desconocimiento del derecho local en particular y del sistema continental en general,² así como de la

¹ República creada en el Congreso de Angostura de 1821, su duración fue de 10 años hasta 1831.

² Sobre el tema ver: Ramón M. Mullerat Balmaña, “El Arbitraje Internacional confluencia de las tradiciones jurídicas: ‘common law’ y ‘Civil law’”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, ISSN 0214-7246, Vol. 19, No. 1, 2007, Págs. 31-38

historia política interna. Incluso, un árbitro internacional bien no podría conocer el idioma oficial ni físicamente al país demandado, menos aún su derecho.

En tal sentido, no solo el ejercicio legítimo del Poder Constituyente se encuentra potencialmente limitado sino, en la práctica, todo acto legislativo, normativo o de gobierno que pueda afectar la llamada garantía de estabilidad internacional. A lo mencionado se suma que, pese a la profusión de estudios, es evidente la dificultad de definir al derecho internacional y al final, parecería ser que se traduce en el cuerpo normativo bajo la sombra de la permisividad local. Aquello, aunque errado, se presenta como cierto hasta que se formulan demandas internacionales y la normativa interna resulta totalmente insuficiente para fundamentar la posible defensa.

Al no existir un *corpus iuris* exhaustivo en derecho internacional, los principios y estándares de casos precedentes son aplicados por árbitros o jueces internacionales quienes, a diferencia de las autoridades locales, tienen una visión distinta (menos formalista y legalista), de ahí la aplicación de medidas provisionales que constituyen límites a los poderes soberanos de las distintas funciones de un Estado y las condenas recibidas especialmente por Ecuador, basadas en principios *ius naturalistas* muy elementales seguidos en una suerte de *stare decisis*, lo que vislumbra un escenario abiertamente desfavorable en la credibilidad de los litigios internacionales, incluyendo los casos en los cuales el Estado no realiza actos de imperio.³

2. La responsabilidad internacional de los Estados y su defensa.

Para todo Estado soberano la defensa primigenia ante demandas internacionales, sin tomar en cuenta objeciones a la jurisdicción, será demostrar que sus actuaciones fueron conforme al derecho local, es decir, que no se violaron expresamente disposiciones del ordenamiento jurídico interno vigente en sus diversos niveles.

Para todo Estado, y principalmente para el caso de Ecuador, es importante establecer un sistema de defensa jurídica previsible, con el objeto de evitar ser demandado y condenado incluso por actos totalmente legales a luz de su derecho local, como ocurrió con la empresa estadounidense Occidental Petroleum⁴ (la cuantía más grande del mundo hasta

³ El tema de doble personalidad del Estado será tratado en el Capítulo I de la presente investigación.

⁴ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.

antes del caso Yukos),⁵ en aplicación de estándares que cambian según el foro del juzgador. Así, una disputa tendría distinto fin en sede CIADI, ICC o CNUDMI (UNCITRAL), por ejemplo, ya que caben diferentes oposiciones al proceso. Pese a la importancia de demostrar actuaciones conforme a la legalidad, los tribunales internacionales no son asimilables a un juzgador de derecho público en sus diversas materias, sea tributaria, administrativa o constitucional.

El caso del CIADI tiene particular connotación con la colisión entre el derecho local ecuatoriano y el derecho internacional, ya que con fundamento en el primero se procedió con la denuncia del respectivo Convenio, lo que constituyó el primer hito⁶ en el mundo que inspiró luego a Bolivia y a Venezuela. Al respecto, las más importantes condenas a Ecuador, a más de la pérdida territorial de 1942 (sobre la cual fallidamente se buscó un arbitraje), han estado en temas comerciales y de inversión, donde la forma política del Estado, junto a cambios constitucionales, han sido el punto central de análisis, con mayor énfasis a partir de que Ecuador se convirtió en exportador mundial de petróleo. Lo mismo sucedió con México y otros ejemplos relevantes.

Si bien en Ecuador existen temas importantes en materia de derechos humanos, por su cuantía y afectación al derecho local, representan un número inferior versus a los casos por incumplimiento de compromisos internacionales contractuales o constantes en tratados internacionales, en los que el Estado puede ser demandado por un sinnúmero de causas, lo cual implica que no solamente se aplique el derecho local público, sino varias reglas desde el *soft law*, la *lex mercatoria* y el *ius cogens*, hasta otras de carácter convencional. Cabe recalcar que, sobre asuntos de derechos humanos, las demandas y condenas contra Ecuador no fueron propiamente por actos atribuibles a ilícitos internacionales, sino por decisiones fundamentadas en aplicación de su derecho interno.

De otro lado, la responsabilidad del Estado o de sus agentes por temas penales trasciende el derecho local a dimensiones de juzgamiento internacional o en sede extranjera, lo cual crea importantes cuestionamientos doctrinales sobre jurisdicción internacional y los efectos transnacionales de leyes de determinados países, como las de los U.S. Adicionalmente, el derecho local ecuatoriano establece la figura de “*repetición*”, que

⁵ Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation, UNCITRAL (CNUDMI), PCA Case No. 2005-04/AA227.

⁶ Igualmente, Ecuador ha sido el primer país del mundo en retomar en 2021 el Convenio del CIADI, luego de haberlo denunciado.

concede al Estado la posibilidad de demandar a servidores públicos o personas naturales que, en el ejercicio de una potestad pública, hayan afectado derechos de particulares por su acción u omisión, y generado condenas al país.

3. La jurisdicción internacional.

Destaca la jurisdicción internacional y su quiebre con nociones de manifestación de poder local y soberanía. Las dificultades teóricas y prácticas no se limitan al ámbito sustancial, sino que se trasladan a la esfera procesal donde las inmunidades y privilegios son más evidentes. Pese a que la idea evolutiva del concepto de soberanía parecería evidenciar separaciones concisas entre asuntos locales e internacionales, el tema sigue siendo difuso.

En el supuesto caso de que exista una sanción dictada contra un Estado soberano, se abre el análisis de la jurisdicción internacional en referencia al cumplimiento de laudos, sentencias y medidas provisionales frente a privilegios e inmunidades públicos. Como su nombre lo indica, al tratarse de medidas provisionales, no se sabe si aquellos actos o hechos efectivamente violan o no preceptos o compromisos internacionales.

El tema de la jurisdicción internacional es complejo y particularmente tiene relevancia al indagar sobre la noción de justicia internacional frente a la idea del *State Immunity*, que constituye la defensa principal de los Estados ante demandas internacionales o en sede extranjera, junto al hecho de la colisión de visión con el sistema anglosajón que no contempla un derecho administrativo de potestades exorbitantes y extraordinarias. Así, el cierre del tema va entre los privilegios del Estado de cara a asuntos de no intervención y autodeterminación.

La reciprocidad internacional, entre otras cosas, implica que un Estado no sea juzgado por otro. Este es un tema de forma dado con independencia de que un Estado puede actuar bien o mal o, puntualmente, si su normativa interna o forma de gobierno guarda mínimos de moral o racionalidad.

Bajo el principio de no intervención los Estados y sus personeros evitaran ser sancionados obviando la suscripción de instrumentos internacionales que otorguen competencia a juzgadores supranacionales. Si bien pueden existir tribunales especiales, estos son muy excepcionales, sin que la historia registre su formación para tratar garantías debidas en asuntos de comercio o de inversión, es decir, se han concentrado únicamente en temas de crímenes contra la humanidad.

Las demandas internacionales en asuntos de inversión, comerciales o de deuda externa, por sus cuantías, literalmente han puesto en riesgo la sostenibilidad de Ecuador. En tales procesos existe falta de predictibilidad, junto a la carga que implica el pago ingente a firmas de abogados extranjeros, al carecer de capacidad para una defensa directa, lo que acrecienta aún más la afectación al país y la imposibilidad de establecer estrategias sostenibles a largo plazo para evitar nuevas condenas.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, desde el caso S.S. Lotus, ha establecido que la jurisdicción es netamente territorial y que un Estado no puede ejercer su jurisdicción en el territorio de otro. Pese a ello, entre los casos más destacados del mundo constan aquellos en Cortes de los U.S., cuestión que no hace mención a la jurisdicción internacional sino a una local extranjera, con efectos extraterritoriales. Además, estos temas no hacen referencia a cuestiones donde la legalidad local haya sido incumplida. Debe anotarse que los demandados en tales instancias son personas concretas que tuvieron poder estatal, más no los Estados propiamente, como sucede en los litigios de derechos humanos o de arbitraje internacional, razón por la cual son tratados referencialmente.

Desde los juicios de Núremberg, el derecho internacional no ha podido poner límites entre el derecho local y las garantías como el “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” frente al *ius cogens* naturalista, en tal sentido es importante glosar hitos y teorías para lograr predictibilidad

Finalmente, la ejecución de laudos arbitrales contra Estados soberanos da pie a una importante discusión. Los laudos dados en el marco del CIADI se entienden autosuficientes y de cumplimiento directo, ya que incluso la nulidad es resuelta ante un comité *ad hoc* de la misma organización. A diferencia de Argentina, Ecuador ha cumplido sus laudos de forma directa sin alegar la necesidad de procedimientos de ejecución internos que permitan la realización de sus mandatos. Los laudos en arbitraje comercial internacional, así como los de inversión fuera del CIADI se someten a los principios generales del arbitraje internacional, entre ellos la *lex arbitri*.

Sobre el tema, es necesario precisar que, el Ecuador es suscriptor de la Convención de Nueva York de 1958 que establece la ejecución de laudos extranjeros, instrumento que le obliga a cumplir de buena fe las decisiones internacionales que determinen responsabilidad del Estado.

Palabras clave.

Disputas Internacionales, Responsabilidad Internacional del Estado, Litigio Estado-Estado, Impagos de Obligaciones Internacionales, Disputas Comerciales y de Inversión, Violación de Derechos Humanos, Violación de Estándares y Principios de derecho internacional, Jurisdicción Internacional, Arbitraje Internacional, Ius Cogens.

PRIMERA PARTE.

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO LOCAL

CAPÍTULO I. DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL PODER PÚBLICO

1. EL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO LOCAL.

En principio no resulta evidente que un Estado soberano pueda ser condenado por actos legales emitidos por funcionarios públicos competentes, en cumplimiento de la ley y el ordenamiento jurídico en general, incluso no parecería ser razonable o justa tal hipótesis. Por tal razón, es importante indagar sobre la relación que existe entre el derecho internacional y el poder público local, la misma que resulta difusa en muchos casos.

Filosóficamente, el derecho encarna a la justicia.⁷ Siendo la justicia una noción universal no habría razón para que el derecho difiera de jurisdicción en jurisdicción. En la práctica, la presunción de validez del derecho público no siempre entrega nociones de legalidad, eficacia y exigibilidad, además la presunción de validez del derecho público no es universal y en tal sentido, pueden existir normas jurídicas injustas.

El derecho local público tiene un proceso de creación y modificación diferente al privado. Mientras está vigente el derecho público se cumple bajo amenaza de sanciones, ya que no se sustenta sobre facultades potestativas ni libertades.

Sin embargo, lo que es legal o exigible en un Estado no puede serlo en otro y a esto se suma que los derechos locales pueden o no guardar armonía con el derecho internacional. Lo dicho conlleva el análisis de principios muy elementales de derecho internacional como son el *pacta sunt servanda*, la *bona fides* y el *ius cogens*. Por su carácter general y su inmovilidad temporal tienen una supremacía sobre el poder legislativo local. Más allá del conjunto de solemnidades, formalidades y complejidades que implica su incorporación, destaca el hecho de que la responsabilidad internacional del Estado opera

⁷ Luis Recasens Siches, “Las Funciones del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, No. 17, 1973-1974, Pág. 113.

sobre normas sustantivas del derecho local, aplicables al fondo de las controversias, pero moderadas en muchos casos bajo dichos estándares internacionales.

La relación entre el derecho internacional y el derecho local, pese al transcurso del tiempo, todavía gira entorno a la noción de soberanía.⁸ En este sentido, la idea de soberanía, desde Aristóteles,⁹ ha tenido una naturaleza más política que jurídica y ha sido entendida como el poder primigenio cuya dimensión varía según el ámbito romanista y del *common law*.¹⁰ En tal contexto la soberanía, por ser una noción supra-jurídica, no se limita a normas.

Junto a la dificultad de saber en qué consiste el derecho internacional, consta aparejada la complejidad técnica y práctica de la razón de su cumplimiento. Así, una de las características más importantes del derecho internacional radica en ser consuetudinario y naturalista.

A pesar de que el carácter naturalista ha sido abordado desde la antigüedad, entre otros autores por Cicerón, quien sostenía la existencia de un “*derecho superior de signo universal*”,¹¹ el tema sigue siendo terreno fértil para la argumentación filosófica en pro de la defensa de los derechos y de la limitación del poder público. Lo dicho bajo la dificultad evidente de que el derecho necesita un cuerpo normativo (positivismo) coherente que permita la aplicación de principios.

En la práctica, para un árbitro actuar en equidad resulta más difícil que hacerlo en derecho, ya que la argumentación no puede ser meramente salomónica en sentido deductivo, más aún si se pretende ejecutar el laudo en jurisdicciones extranjeras. Cuando un árbitro internacional u otra autoridad con poder de decisión recurre a nociones elementales de justicia como la proporcionalidad, el trato justo y equitativo, y los principios de *pacta sunt servada*, *bona fides*, etc., no cimienta propiamente su accionar con fundamentos filosóficos, sino bajo una autoridad que parecería basarse en el sentido común y la ética

⁸ Marco G. Monroy C., “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, ACIDI, Bogotá, Año ISSN: 2027-1131, 1. No. 1, 2008. Pág. 107.

⁹ Aristóteles, en el Libro I de su obra *La Política* (fecha en el siglo IV, A.C.), utilizó la expresión “*koinonia politike*” para referirse a que la “*Polis*” es una comunidad política.

¹⁰ Charles E. Merriam, Jr, *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, Batoche Books, Canada, Chapter 1. 4, Kitchener 2001. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/7048759.pdf>

¹¹ Marco T. Cicerón, *Las Leyes*, traducción, introducción y notas de Carmen Teresa Pabón de Acuña, Madrid, Gredos, Biblioteca Clásica Grados 381, 2009, Pág. 270. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/7048759.pdf>

básica. Lo expuesto resulta más claro y a la vez complejo cuando se deciden temas sustanciales en equidad y no en derecho (grupo de reglas positivas).

Ahora, queda claro que no todo lo que se considera justo se encuentra concretado en una norma o es legal y, viceversa, no todo lo legal puede ser justo o ético, sin embargo, los funcionarios públicos sometidos a un sistema mandatorio y obligatorio (derecho público), deben ser respetuosos y garantes del derecho positivo vigente, sin que les corresponda inobservar lo previsto en la Constitución, las leyes y demás normas por estimar que no son buenas o pueden ser mejorables.¹² Sería inaceptable que un empleado público pretenda corregir o modificar, a su criterio, el sistema jurídico imperante, aún bajo el argumento de justicia, ya que no puede pretender ser corrector o editor del ordenamiento jurídico actual, y menos actuar como un supraconstituyente.

Es por demás obvio que los medios para garantizar el cumplimiento del derecho internacional son distintos a los que se aplican en el derecho local, en muchos casos incompatibles o inexistentes. En este orden de ideas, el derecho público se cumple de forma obligatoria en aplicación del imperio de la ley que impone su obediencia o sanción por parte del Estado ante su inobservancia.¹³ Dicha autoridad superior no existe en las relaciones internacionales por cuanto el derecho internacional se basa más bien en el cumplimiento voluntario de las partes. Esto tiene una particular dificultad, ya que los compromisos del Estado tienen múltiples niveles y especies de distinta naturaleza, que van desde atrocidades que limitan con el ilícito internacional, hasta discusiones sobre posibles incumplimientos en temas comerciales y de inversión,¹⁴ donde Ecuador ha tenido mayores conflictos.

En tal virtud, subyace el problema jurídico respecto a la pregunta de si ¿existen o no medios o métodos de exigibilidad del derecho internacional? o si, por el contrario, el tema cae en el terreno del cumplimiento voluntario. Pese a la evolución de las relaciones

¹² C.E., 2008, en su Art. 226, dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y servidores que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias atribuidas en la Constitución y la ley.

¹³ C.E, en su Art. 76.1, dispone que se debe resguardar el derecho al debido proceso. De este modo, toda autoridad administrativa o judicial, debe garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

¹⁴ Sobre el cumplimiento de una diversidad de temas posiblemente exigibles al Estado ver: Edward C. Luck, and Michael W. Doyle, *International Law and Organization: Closing the Compliance Gap*, Lanham, MD: Rowan & Littlefield, 2004.

internacionales a lo largo de los siglos, esta es una pregunta sin respuesta definida o categórica hasta la fecha.

Como consecuencia de lo dicho, hay quienes abiertamente niegan el carácter del derecho internacional como sistema jurídico imperativo y coercitivo, debido a su debilidad o falta de aplicación directa y efectiva. El derecho internacional es etéreo y no tiene la eficacia directa que tiene una ley respecto del derecho local. Dicha falta de obligatoriedad se ha asociado con la inexistencia de un gobierno supranacional y una jurisdicción que imponga su cumplimiento por la fuerza física,¹⁵ no obstante, la fuerza moral del derecho internacional es precisamente su pilar central de exigibilidad.

Buena parte de la práctica tiene un carácter empírico, el cual versa sobre circunstancias que favorecen el cumplimiento del derecho internacional en base de aspectos tales como: la internalización de normas, el mantenimiento de la reputación de un Estado y su gobierno, así como la imposición de sanciones y amenazas.¹⁶ Todo aquello resulta, en gran medida, sin un cambio sobre la noción de soberanía, en un tema de difícil implementación por los tratados internacionales.¹⁷

Abordar la cuestión del cumplimiento, limitando al derecho internacional, sería una simplificación excesiva, ya que aquello, ante la amplitud de hipótesis y casos de muy diversa índole, es materialmente imposible. Lograr idealizar una moral internacional o noción de justicia¹⁸ tampoco es fácil, ya que hay intereses políticos opuestos y tradiciones jurídicas de diversa naturaleza que son el reflejo de idiosincrasias locales y en otros casos, dictados de grupos de poder. Lo dicho, sin perjuicio de que la moral es un valor supremo que deontológicamente se encuentra en un estamento superior.

Si bien es cierto, existen actos de relevancia internacional que pueden ser medidos a través de estándares de cumplimiento, por otro lado, destacan problemas particulares derivados de hechos, de principios legales y/o de normas, tales como: el derecho consuetudinario,

¹⁵ Sobre el tema ver: Wayne Sandholtz, and Christopher A. Whytock, Eds, *Research Handbook on the Politics of International Law*, Cheltenham, UK, and Northampton, MA: Elgar, 2017.

¹⁶ Existe una discusión permanente respecto a que si el derecho internacional puede o no ser cumplido de forma inmediata y directa. Las tendencias políticas imperantes también influyen sobre la causa y razón de su obediencia.

¹⁷ Abram Chayes, and Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

¹⁸ Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford: Oxford University Press, 1990.

los tratados internacionales, laudos arbitrales, reglas a seguir, decisiones de organizaciones internacionales, *soft law*,¹⁹ etc.

Los medios tradicionales usualmente son de carácter bilateral,²⁰ principalmente dentro del entorno de solución de controversias ante cortes internacionales o sistemas arbitrales. Pensar que un Estado pueda imponer frenos por la fuerza lleva a discusiones sobre legitimidad y funcionalidad de las instituciones.²¹ A diferencia de lo que sucede en las operaciones aritméticas donde dos elementos o signos negativos hacen un positivo, en derecho dos actos arbitrarios no llevan a un desenlace o resultado positivo. Pese a lo dicho, el tema de las contramedidas (*countermeasures*) en derecho internacional es digno de atención, ya que es una expresión más moderada²² de la noción de “*représalias*” introducidas en el derecho internacional en el siglo XIV por destacados glosadores como Bartolo Sassoferrato y Giovanni da Legnano.

En la práctica, existe el escenario de un Estado o sujeto de derecho intencional que actúa ilegalmente frente a otro Estado que intenta hacer respetar el derecho, lo que tradicionalmente se denomina “*retortion*”, sin embargo, la evolución del derecho pretende llevar al aseguramiento de otros medios de cumplimiento tales como: recursos individuales a nivel nacional o internacional, derecho penal internacional y procedimientos especiales de cumplimiento. El tema jurídico no puede deslindarse del llamado “*comportamiento*”²³ de los Estados, que a su vez es expresión directa del ejercicio del poder político.

No existe algo parecido a un “*guardián*” del interés público internacional. Las organizaciones internacionales intergubernamentales actúan por delegación de sus

¹⁹ Pese a que la literatura cada vez más utiliza la expresión “*soft law*”, su noción no está libre de cuestionamientos. Se trata de un término genérico que, en mayor o menor medida, abarca una gama difusa de instrumentos de diferente naturaleza y funciones. Por esta razón, resulta muy difícil contenerlo o identificarlo con una única fórmula. Sobre el tema ver: Christine M. Chinkin, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law International and Comparative Law Quarterly*, 38.4, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, Págs. 850–866.

²⁰ La expresión denota juridicidad sobre una simple y llana venganza o retaliación.

²¹ Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

²² Sobre la evolución de la expresión ver: Denis Alland, “Part V The Definition of Countermeasures”. In *The Law of International Responsibility*. Edited by James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, Oxford: Oxford University Press, 2010. Págs. 1127–1136.

²³ El “*comportamiento*” de los Estados y de la comunidad internacional en su conjunto abre varias preguntas conceptuales, a mi criterio sin respuestas claras. Sobre el tema ver: Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York: Praeger, 1968.

miembros, más no por un imperio o poder sobre ellos, es decir, únicamente pueden guiar procedimientos más no imponerlos.²⁴

La fragmentación del derecho internacional también ha llevado a una fragmentación o multiplicación de los procedimientos de cumplimiento, de acuerdo con las áreas específicas que se traten. Aquello deriva en que esta Tesis se fundamente en una investigación multidisciplinaria, con la paradoja de la alta especialización de procedimientos en las diversas áreas del derecho internacional, sin perjuicio de la existencia de regímenes de tratados únicos. Estas configuraciones procesales específicas se vinculan, entre otras cosas, con los derechos humanos, el control de armas y el desarme, el derecho de los conflictos armados y el derecho ambiental, además de temas comerciales y de inversión.

Las teorías de cumplimiento en derecho internacional son a la vez amplias e imprecisas,²⁵ lo que abre un espacio importante al análisis lógico y filosófico, sin perjuicio de lo cual, más allá de la teoría, surge la pregunta ¿qué sucede cuando un Estado no cumple con sus compromisos internacionales en particular o con el derecho internacional en general?.

La pregunta tiene dos posibles respuestas prácticas en función del poderío del Estado infractor, así, si el infractor es menos fuerte que sus posibles sancionadores, la viabilidad de una solución jurídica es más factible que a la inversa. No obstante, ¿qué sucede si el Estado debe quebrantar su ordenamiento interno para cumplir obligaciones internacionales?, evidentemente aquello no entra en la hipótesis de Estado infractor.

Pese a que el *pacta sunt servanda*²⁶ internacional tiene una autoridad moral indiscutible, la posibilidad de alegar el ordenamiento legal local para no cumplir con tratados o el derecho internacional en su sentido amplio, incluido el consuetudinario, es algo latente. Por otro lado, el hecho de haber pactado algo con un Estado o empresa extranjera ¿puede limitar la capacidad legislativa, judicial o de gobierno interna?. Esta hipótesis abre otros problemas jurídicos y sociales.

²⁴ En el enfoque realista destaca el tema político. En cualquier caso, la organización internacional no es ni ha sido puramente jurídica. Sobre el tema ver: Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*. Edited by Kenneth W. Thompson, New York: McGraw-Hill, 1993.

²⁵ Markus Burgstaller, *Theories of Compliance with International Law*, Leiden/Boston, The Netherlands/U.S.: Nijhoff, 2005.

²⁶ Tema tratado en amplitud especialmente en el Capítulo II.

Aunque el derecho local, aparentemente no tendría razón para interferir en la esfera internacional, es una realidad que la cultura jurídica local y en especial su constitucionalismo, marcan la vocación de sometimiento al derecho o la beligerancia de un Estado, sin embargo, esto representa un extremo que no ha estado presente en la región latinoamericana.

Por su parte, Carl Schmitt vinculó al poder soberano con la noción de la suspensión del sistema legal imperante a través del estado de excepción, entendiendo que aquel tiene una fuerza supra jurídica o extra- legal. Su frase destacada fue: “*sovereign is he who decides on the state of exception.*”²⁷ Lo mencionado denota un quiebre conceptual con las ideas superiores de constitucionalismo y Estado de derecho, aceptando el hecho de que el ejercicio de la fuerza puede prevalecer sobre la juridicidad o la ley.

Por otro lado, la importancia del estudio del derecho constitucional comparado radica en la necesidad de tener evidencia sobre las coincidencias y distancias entre los distintos sistemas, además de analizar los impactos provocados en la teoría constitucional por el uso de elementos extranjeros por parte de tribunales nacionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.²⁸

Aunque en principio no es evidente la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional, dentro de las disputas internacionales se producen escenarios en los cuales su interrelación presenta problemas conceptuales importantes.

El derecho constitucional se concibe como relativo a la forma del Estado, modalidad de gobierno y la regulación de los poderes públicos.²⁹ En este ordenamiento y limitación tiene resultado la vigencia de derechos fundamentales de los ciudadanos en general. Aquello implica que la Constitución ha cumplido un rol de amortiguamiento entre las relaciones existentes derivadas del poder público y los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin embargo, a esto se suman relaciones e interés internacionales.

²⁷ Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, The University of Chicago Press, 2007, Pág. 38.

²⁸ Luiz M. Bastos Junior, *Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: Nuevos retos a la teoría constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 5, N. 2. 2007. Pág. 252. Disponible en http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Revista_CECOCH/revista-ano5-2-11.pdf.

²⁹ Víctor García Toma, “Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional”, *Derecho & Sociedad Asociación Civil*, Año XIV No. 21, 2003. Pág.197.

En este contexto, es recurrente encontrar referencias a la doctrina extranjera, a la legislación comparada e incluso a precedentes judiciales de tribunales de otros países y de instancias de carácter supranacional.³⁰

En muchos casos, el análisis comparativo se limita a evidenciar grandes quiebres cognitivos del derecho constitucional en temas de capital importancia respecto a la responsabilidad del Estado, tales como:

1.1. El reconocimiento internacional del Estado.

En principio, un Estado que ha sido internacionalmente reconocido cumple con los estándares mínimos de legalidad y moral,³¹ *prima facie* sus actos legislativos, judiciales y de gobierno no serían o deberían ser contrarios al derecho internacional.

La formación y consolidación del Estado tiene un origen primigenio en el derecho político local, sin embargo, su afianzamiento se da en base al reconocimiento. El reconocimiento internacional lleva implícito la obligación de una actuación responsable y correlativamente la posibilidad cierta de recibir sanciones.

La forma política tiene una incidencia directa en la división de funciones y el ejercicio responsable del poder, de este modo, no es admisible que existan funcionarios públicos exentos de responsabilidad. Así mismo, la forma política determina la normativa interna pública (mandatoria), que en algún momento puede ser valorada a la luz del derecho internacional. Salvo violaciones graves al derecho internacional, se entiende que cada Estado tiene la capacidad de determinar el sistema legal que mejor considere.

La división tripartita del poder si bien constituye un hito, no es absoluta, ni tampoco lo son las distintas competencias que puede tener la administración pública en ejercicio de su poder soberano. Potencialmente, lo que es legal y aceptado en un Estado podría estar proscrito en otro, no solo en el ámbito legal sino en el moral.

El reconocimiento internacional en torno a la forma del Estado tiene relevancia con la incorporación del derecho convencional y el respeto al *ius cogens*, así, la determinación

³⁰ Luiz M. Pinto Bastos Junior, *Utilización del derecho Constitucional Comparado en la Interpretación Constitucional: Nuevos retos a la teoría constitucional*, *op. cit.* Pág. 252.

³¹ Armando Lugo G. y Rafael Jiménez V., “El reconocimiento: una condición indispensable para la consolidación del Estado”, *Opera. 22 (jun. 2018)*, 2018, Pág. 157. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/16578651.n22.08>.

del Estado de derecho vincula al derecho local y al derecho internacional respecto del cumplimiento de obligaciones internas y externas que pueden generar responsabilidad internacional por acción u omisión.

La relación del derecho internacional frente al Poder Público y los atributos del Estado sigue siendo un tema ambiguo, que toma forma en decisiones o laudos internacionales con distintos matices y características. Esta falta de certeza afecta tanto al Estado como a las personas naturales o jurídicas que en algún momento pretenden defender sus derechos en instancias internacionales.

El hecho de que un Estado escoja una forma de organización política no necesariamente hace presumir que pueda incurrir en responsabilidad internacional,³² salvo en casos de formas extremas de ejercicios abusivos del poder que restrinjan el Estado de derecho y las libertades fundamentales, que potencialmente puedan traducirse en transgresiones internacionalmente reparables, como en la violación de derechos humanos.³³

El reconocimiento y/o mutuo-reconocimiento³⁴ de los Estados ocupa un lugar central en la literatura internacional, con un énfasis mayor en temas políticos y diplomáticos antes que jurídicos, lo cual se evidencia en la amplia discrecionalidad que tienen los jefes de Estado de aceptar o rechazar reconocimientos, en muchos casos, sobre la base de un interés coyuntural.

Pese a su importancia, resulta difícil afirmar que el reconocimiento se trata de una institución jurídica general, predecible o imperativa. No obstante, los intentos por fortalecer la juridicidad del tema han sido significativos, principalmente en la consolidación de la expresión “*derecho del reconocimiento internacional*”.³⁵

³² De hecho, la comunidad internacional no hace distinción entre Estados y todos tienen una participación equitativa en teoría, incluso respecto de tiranías y olocracias que llevan décadas en el poder.

³³ Gonzalo Aguilar Cavallo, *Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?*, Boletín mexicano de derecho comparado, 2010. Disponible en: www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000100001 &lng=es&tlng=es.

³⁴ La pregunta acerca de si el reconocimiento es o no unilateral no es algo simple en razón a los amplios matices existentes. Sobre el tema del reconocimiento colectivo ver: John Dugard, *Recognition and the United Nations*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. Cambridge, UK: Grotius Publications, 1987.

³⁵ P. K. Menon, *The Law of Recognition in International Law: Basic Principles*, Lewiston, NY: Edwin Mellen, 1994, Pág. 7.

El reconocimiento es un acto jurídico con múltiples efectos políticos y diplomáticos³⁶ mediante el cual, un sujeto de derecho internacional, ya sea un Estado o cualquier otra entidad, como por ejemplo un organismo internacional, expresa, sobre la base de una interpretación unilateral, su conformidad o beneplácito por la creación de un nuevo Estado³⁷ fruto de la separación parcial o total de su territorio, o en su defecto, por la llegada al poder de un grupo político que pretende refundar el Estado existente³⁸ a través de la idea de negación de la estructura jurídica y los compromisos internacionales vigentes. El reconocimiento a un Estado que ha acrecentado su territorio bajo el uso de la fuerza militar ilegítima, es un tema que abre múltiples dilemas morales y de seguridad.

Por lo tanto, el reconocimiento es algo más que una mera expresión formal de afirmación o aceptación, de hecho, incluye prácticas que encubren o auspician actos que potencialmente pueden afectar incluso a la comunidad internacional en su conjunto.

En la actualidad, pese a la evolución del derecho, en última instancia el reconocimiento sigue siendo discrecional y potestativo, así, todo sujeto de derecho internacional decide por sí mismo cómo interpreta favorable o negativamente los hechos y actuaciones que motivan un nuevo *stato quo*.³⁹ A esto se suma la circunstancia de que el reconocimiento, paradójicamente, no tiene una fuente internacional sino local, y que sus modalidades varían grandemente entre las nociones latinoamericanas y anglosajonas.⁴⁰

Luego de una valoración y conclusión, aquella no es definitiva ya que el reconocimiento también puede retirarse ulteriormente sobre la base de una nueva interpretación o intereses políticos, aun cuando los hechos sustantivos no hayan cambiado. Lo mismo

³⁶ La diplomacia y la política, teóricamente, deben ceñirse al derecho, más allá de análisis jurídicos o morales resulta claro que se trata de cosas distintas, comenzando por sus actores. En este orden de ideas, es interesante ver la creación de directorios, de carácter histórico, sobre reconocimiento internacional de Estados. Sobre el tema ver: Appleton P. C. Griffin, *List of References on Recognition in International Law and Practice*, Washington, DC: Government Printing Office, 1904.

³⁷ Se han creado índices de bibliografía que permiten hacer mapeos de las relaciones internacionales y sus condiciones actuales. Sobre el tema ver: Stefan Talmon, *Recognition in International Law: A Bibliography*, The Hague and Boston: Martinus Nijhoff, 2000.

³⁸ Resulta interesante el hecho de reconocer al poder político y militar que no es gobierno, como en el caso de las organizaciones con "*estatus de insurgente*". Este es uno de los puntos más delicados, sobre todo cuando son violadores de derechos humanos y reciben financiamiento extranjero para actos violentos.

³⁹ René Le Normand, *La reconnaissance internationale et ses diverses applications: État, gouvernement, belligérants, principes du droit international*, Paris: Camis, 1899, Pág. 52.

⁴⁰ En las últimas décadas las ideas de Lauterpacht han sido centrales en la determinación de políticas exteriores anglosajonas. Sobre el tema ver: Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1947.

sucede a la inversa, los intereses de gobierno pueden provocar que se reconozca a un Estado o gobiernos sin que las condiciones iniciales de juridicidad, legitimidad o peligrosidad hayan variado.

Así, el reconocimiento establece los límites y fundamentos al sistema jurídico internacional y tiene efectos de amplio alcance tanto en el ordenamiento internacional como en el local. Dicho de otro modo, el reconocimiento es la coyuntura principal que junta al derecho local e internacional, que en principio no tienen elementos en común. En buena parte, los gobiernos no juzgan conductas que puedan afectar el reconocimiento de terceros, en previsión de que, por reciprocidad, no se juzguen las propias.

Si bien las formas, modos y efectos legales del reconocimiento tienen amplia casuística en función al nacimiento, extinción y sucesión de los Estados, con casi igual importancia se ha abordado el tema de la llegada al poder por medios violentos, ilegítimos o fraudulentos.⁴¹

El carácter discrecional⁴² del reconocimiento requiere del desarrollo en el derecho internacional positivo de la obligación de no reconocer, sistematizada y estudiada en el marco de la responsabilidad internacional del Estado. En otro extremo, puede darse también el reconocimiento como medio ilegítimo de aislar o limitar el accionar de gobiernos que no obedecen dictados favorables de grupos internacionales hegemónicos, con independencia de su ideología, lo cual es igualmente nocivo a la consolidación del derecho internacional. Pese a los aportes de autores clásicos, entre los cuales destaca Kelsen,⁴³ dicho tema dista de ser definido internacionalmente, sobre todo por la amplitud de la casuística que no es predecible. Dicho lo anterior, separar el tema político⁴⁴ y

⁴¹ Sin tener un carácter general, destaca la aproximación de siete categorías expuestas por Landheer, esto es: reconocimiento en general, reconocimiento de gobiernos, reconocimiento de beligerancia e insurgentes, efectos legales del reconocimiento y no reconocimiento, la práctica del no reconocimiento, reconocimiento y pertenencia a organizaciones internacionales, y gobiernos en el exilio. Sobre el tema ver: Bartholomeus Landheer, and Jan Louis Frederick V. G. van Essen, Eds. *Recognition in International Law*, Selective Bibliographies of the Library of the Peace Palace. Leiden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1954.

⁴² La valoración es abiertamente discrecional, además no se la puede apelar ni tampoco solicitar la presentación de una motivación jurídica al respecto. Sobre el tema ver: Charles H. Alexandrowicz-Alexander, "The Quasi-Judicial Function in Recognition of States and Governments", *American Journal of International Law* 46.4, Cambridge, 1952.

⁴³ Hans Kelsen, "Recognition in International Law: Theoretical Observations", *American Journal of International Law*, vol. 35, núm. 4, 1941, Págs. 605-617.

⁴⁴ La cuestión política es fundamental dentro del tema de reconocimiento. Sobre el tema ver: Edwin Borchard, "Recognition and Non-recognition", *American Journal of International Law* 36.1, Cambridge, 1942.

jurídico resulta posible en el ámbito teórico, sin embargo, la práctica internacional usualmente es reactiva,⁴⁵ hecho no favorable para la ciencia jurídica.

1.2. La determinación del Estado de derecho.

La existencia de un Estado de derecho determina estándares mínimos de legalidad y conducta del Estado. En la práctica, una tiranía podría tener leyes y actos de gobierno formalmente válidos y, por el contrario, sistemas menos autoritarios podrían evidenciar quiebres de forma en cuanto al actuar de sus órganos públicos. Objetivamente, la existencia o no de un Estado de derecho es algo más sustancial que formal. Interesantemente, un Estado que no sea violador sistemático de derechos humanos o represente una amenaza a la seguridad y/o desarrollo internacional, puede ser objeto de demandas y sanciones internacionales, aun por actos que a la luz de su ordenamiento son válidos.

Pese a que el alcance de la noción de “*Estado de derecho*” parecería ser algo simple, tiene una gran cantidad de matices derivados de aspectos filosóficos hasta intereses políticos locales o extranjeros. La Constitución, como instrumento jurídico supremo, no puede estar totalmente desvinculada de ideas y prácticas políticas; aunque su contenido sea esencialmente jurídico no se limita a aquel.

El Estado de derecho (*rule of law*) representa el punto de intersección entre la política normativa, la filosofía del derecho y la más elemental moral. Su contenido en el ámbito internacional tiene un núcleo de consenso muy pequeño debido a que su propia delimitación conceptual genera conflictos.⁴⁶

De esta forma, la expresión *rule of law* contrasta con la noción de *rule of men*, dando a notar que las instituciones jurídicas prevalecen sobre el personalismo de los tiranos, y la utilización de la fuerza como justificativo ante los hechos consumados. La ciencia política ha dado connotaciones distintas al Estado de derecho, que no necesariamente se vinculan con el imperio de la ley, la razón, la moral y la justicia. Se discute si el Estado de derecho promueve o no el desarrollo económico frente a la gestión de tiranías, aquello no tiene

⁴⁵ Marycruz Arcos V., *El Reconocimiento de Estados: Nuevos Aspectos de la Institución tras las Declaraciones de los Doce Respecto a las Antiguas Repúblicas Yugoslavas*, Anuario Hispano-Luso Americano de derecho internacional, ISSN 0570-4316, N° 11, 1994, Pág. 110.

⁴⁶ Sobre el tema ver: Tom (Lord) Bingham, *The Rule of Law*. London: Penguin, 2010, Pág. 77.

reglas ciertas ya que dictaduras violadoras de derechos pueden tener índices macroeconómicos altos.⁴⁷ Lo cierto es que el desarrollo personal junto a la garantía de derechos, no pueden darse en sistemas totalitarios y arbitrarios.

Respecto de la responsabilidad del Estado, las asimilaciones filosóficas de derecho positivo y derecho natural (en medio de su amplia cantidad de variantes y percepciones)⁴⁸ ponen un punto de quiebre en la noción de Estado de derecho. En la práctica, la responsabilidad internacional del Estado no depende totalmente de la aplicación o inobservancia del derecho local, sino de la utilización de estándares internacionales⁴⁹ que se ajusten a nociones tan básicas y a la vez, por su propia naturaleza, de alta indefinición como es el caso, por ejemplo, del principio de “*trato justo*”,⁵⁰ que al ser un estándar absoluto puede incluso relacionarse al principio del *ius cogens*,⁵¹ en referencia al segmento de derecho superior inderogable.

Por otro lado, en el derecho constitucional comparado,⁵² el tema tiene relevancia tanto en lo material como en lo formal. Así, por ejemplo, la degeneración política y moral puede guardar formas jurídicas, como sucede en las llamadas olocracias,⁵³ donde la determinación de la existencia o no de un Estado de derecho no puede ser netamente jurídico.

Los anglosajones asimilaron a la olocracia con la llamada “*mob rule*” o tiranía de las mayorías. James Madison, junto a otros destacados Federalistas,⁵⁴ expuso que la tiranía

⁴⁷ Adam Przeworski and Fernando Limongi, “Regímenes Políticos y Crecimiento Económico.” *Desarrollo Económico* 34, No. 134, 1994, Págs. 163–79. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3467314>.

⁴⁸ El tema será tratado con amplitud en el Capítulo II de la presente tesis.

⁴⁹ OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2004. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>

⁵⁰ El trato justo y equitativo es considerado como un estándar absoluto o no contingente del derecho internacional. No se encuentra exhaustivamente regulado, por el contrario, se ha desarrollado a la luz de la casuística. Sobre el tema ver: Caso S.D. Myers, Inc. vs. Government of Canada, UNCITRAL (CNUDMI) (2002), en el cual se analizó el principio de trato justo y equitativo en referencia con la buena fe.

⁵¹ Con la consolidación de la CVDT de 1969, no se fortalecieron los fundamentos positivistas, por el contrario, su Art. 53 establece que ninguna norma internacional escrita puede contravenir el *ius cogens*. Puntualmente se expresa: “*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general*”.

⁵² Richard H. Fallon, Jr., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review* 97.1, 1997, Pág. 37.

⁵³ La utilización de dicha expresión se remonta al autor griego Polibio en el 200 A.C. Sobre el tema ver: Polibio, *Historias*, Libro II, Capítulo X.

⁵⁴ James Madison, Alexander Hamilton, y John Jay, *El Federalista*. Librodot.com, <http://www.librodot.com>, Pág. 84. Disponible en: <https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>

de la mayoría implicaría el deterioro del Estado de derecho y la destrucción moral de la sociedad.⁵⁵ La tan profusamente comentada, y a la vez difícil de entender, Segunda Enmienda a la Constitución de U.S.,⁵⁶ sobre el derecho constitucional de organizar milicias junto a la tenencia de armas, hace alusión al hecho de evitar u oponerse precisamente a la llamada “*mob rule*”.⁵⁷

Por lo tanto, el Estado de derecho es una cuestión transversal presente en toda esta investigación, en aras de una teoría igualitaria que pueda explicar y dar coherencia a las tesis internacionalistas versus las locales que, usualmente, están impregnadas de contrastes políticos y sociales diferentes, en razón del lugar donde se desarrollan.⁵⁸

Sin perjuicio de la importancia de lo expuesto, es claro que, aun respetándose el Estado de derecho, un gobierno soberano puede incurrir en responsabilidad internacional al aplicar leyes internas o realizar actos de poder público.

1.3. El *ius cogens* internacional.

La responsabilidad del Estado por violación abierta del derecho es más evidente que la responsabilidad por actos presuntamente legales, cuya hipótesis es más compleja. En principio, las regulaciones y actos de control pretenden asegurar el cumplimiento del derecho.

La expresión *ius cogens* encarna un derecho imperativo que, a diferencia de la ley, no tiene un procedimiento formal de creación, reforma o derogación. Dicho de otra forma, los sujetos de derecho internacional no participaron en su formación y no tienen posibilidad de no observarlo adecuadamente. Aunque el principio puede ser referido en

⁵⁵ Sam Feigenbaum, *Mitigating Mob Rule: Restoring the Supreme Court as a Barrier to Majority Tyranny*, 2014. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2479421> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2479421>

⁵⁶ El texto de la Segunda Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1787, establece: “*A well regulated militia being necessary to the security of a free State, the right of the People to keep and bear arms shall not be infringed*”.

⁵⁷ Carl T. Bogus, *The History and Politics of Second Amendment Scholarship: A Primer*, 76 Chi.-Kent L. Rev. 3. 2000- 2001. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/chknt76&div=7&id=&pag e=>

⁵⁸ Debe tomarse en consideración que las teorías, por más prolijas, no pueden prever toda la casuística internacional, razón por la cual, existe una evidente desconexión entre el ser y el deber ser. Sobre el tema ver: Paul A. Gowder, *The Rule of Law in the Real World*, New York: Cambridge University Press, 2016, Pág. 158.

instrumentos internacionales, su existencia no obedece a ellos, ya que sus normas serían igualmente obligatorias al no estar escritas.⁵⁹

Aunque el contenido del *ius cogens* no es absoluto, la noción se activa y tiene presencia ante violaciones graves, frente a circunstancias de derecho aplicables o partes intervinientes, que potencialmente quedarían impunes. Su observancia se hace fundamental cuando la arbitrariedad puede reemplazar al derecho, por lo tanto, el *ius cogens* representa un quiebre a la teoría voluntarista en virtud de la cual, únicamente las normas que los Estados han adoptado por tratados debidamente suscritos les serían exigibles.

El moderno derecho de los tratados, desarrollado sobre la base de las Convenciones de Viena de 1969⁶⁰ y 1988,⁶¹ contempla que un tratado es nulo si entra en conflicto con el *ius cogens*.⁶² Adicionalmente, todas las declaraciones unilaterales de un Estado deben guardar los dictados del *ius cogens*, según lo dispuesto por la Comisión de Derecho Internacional en 2006.⁶³ El Proyecto de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado, realizado por dicha comisión en 2001 y 2011, respectivamente, establece que los Estados y organizaciones internacionales deben diligentemente detener cualquier violación al *ius cogens*. Lo mencionado implica preguntarse ¿qué podría considerarse como ilícito internacional?, ya sea un hecho o actuación, en violación del *ius cogens*.

En el ámbito internacional no es admisible la invocación de las figuras de caso fortuito o fuerza mayor como justificación de violación a normas perentorias, incluso, las contramedidas, aun legítimas, no pueden afectar las obligaciones internacionales vinculadas al *ius cogens*.

⁵⁹ Jochen A. Frowein, "Ius cogens." En: R. Bemhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 3, 1992, Pág. 68.

⁶⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (DTCV).

⁶¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Entre Estados y Organizaciones Internacionales o Entre Organizaciones Internacionales de 1988.

⁶² DTCV, Art. 53

Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados Entre Estados y Organizaciones Internacionales o Entre Organizaciones Internacionales, Art. 64.

⁶³ Asamblea General, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional de su 58 periodo de sesiones (de 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)*, Documentos Oficiales, 61 periodo de sesiones, Suplemento núm. (A/61/10), Pág. 405.

Debido a esta naturaleza *sui generis*, el concepto de *ius cogens* encarna valores superiores y su contenido no es taxativo.⁶⁴ Sus medios de identificación y aplicación generan dudas para quienes tienen una formación positivista y cumplen el rol de agentes del Estado en acatamiento de mandatos obligatorios de carácter público. El hecho es que las normas perentorias del *ius cogens* están sobre cualquier sistema jurídico local⁶⁵ y esa afirmación no se encuentra libre de análisis y discusiones, principalmente en el orden constitucional.

En dicho contexto, para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado destaca el hecho de que, si los derechos fundamentales son tales al estar reconocidos en una Constitución u otro cuerpo normativo o, por el contrario, son un atributo inherente del ser humano y el Estado debería limitar su poder para no infringirlos y respetarlos.

Para analizar lo referido, debemos regresar al tema del derecho natural y el positivismo jurídico. En la tradición jurídica local se ha considerado que las luchas o conquistas sociales deben plasmarse en textos normativos para su plena vigencia. La parte descollante de estas aspiraciones reivindicativas ha sido en buena medida plasmada en procesos constituyentes. En contraposición, a la luz del entender anglosajón, el procedimiento es inverso pues el Estado no garantiza los derechos de las personas al incluirlos en leyes, sino al respetarlos por provenir de un ordenamiento superior, inmutable e inderogable.⁶⁶

Lo expuesto tiene efectos prácticos en cuanto a la utilización, como defensa del Estado, del principio de legalidad, mediante el cual se considera que toda ley o acto del poder público (aun siendo injusto) se presume válido hasta que no sea formalmente derogado o repelido del sistema jurídico. En la determinación de la responsabilidad internacional del

⁶⁴ Aunque no es posible enumerar las normas perentorias, superiores o imperativas (por referirse a valores supremos), se acepta comúnmente que éstas incluyen la prohibición del uso de la fuerza ilegítima entre Estados, la prohibición de la esclavitud, la discriminación racial, la tortura y el genocidio, la confiscación por venganza o retaliación, etc. Las normas del *ius cogens* son referenciales y el conjunto de efectos que se les atribuye en la práctica y en la jurisprudencia no son abundantes y diversos. Sobre el tema ver: Hernán Valencia R., “La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo”, *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, Vol. 36, No. 106, Enero-Junio 2007, ISSN 0120-3886, Colombia, Pág. 93.

⁶⁵ Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, Pág. 43.

⁶⁶ El presidente de Estados Unidos J. F. Kennedy, en su discurso de posesión de mandato en la Corte Suprema en el año 1961, en referencia a la historia constitucional de su nación, expresó: “las mismas creencias revolucionarias por las que lucharon nuestros antepasados todavía están en discusión en todo el mundo: la creencia de que los derechos del hombre no provienen de la generosidad del estado sino de la mano de Dios”.

Estado prevalecerá, en todo caso, la vigencia de los principios inderogables del *ius cogens*, situación que provoca una hipótesis compleja frente a la posibilidad de incurrir en responsabilidad por actos jurídicamente válidos a la luz del derecho local.

La delimitación de libertades y derechos fundamentales es otra cuestión de alta relevancia, que junto a la argumentación jurídica guarda estrecha relación con temas ideológicos y sociales. Ejemplo de aquello puede encontrarse en asuntos de propiedad, control cambiario, expropiación, imposición de tributos cuasi expropiatorios, etc., que ulteriormente podrían derivar en responsabilidad internacional del Estado cuando aquellas limitaciones de derechos se dan en nombre de un llamado “*bien común*”,⁶⁷ lo cual desencadena en un análisis ontológico y deontológico del fin del derecho.

Si bien dentro del ordenamiento jurídico interno puede darse una confrontación en la valoración de derechos, aquello en el ámbito internacional no tendrá relevancia. Pese a lo mencionado, existen teóricos que niegan o restan validez al *ius cogens*, bajo el argumento de que no tiene una existencia real.⁶⁸

En el caso de Ecuador, ninguno de los actos u hechos que se le atribuyen y que fueron objeto de sanción entraron en una violación al principio del *ius cogens*.

1.4. La constitucionalidad de compromisos internacionales.

En principio el control de constitucionalidad permite adecuar el derecho internacional y los compromisos internacionales con el marco jurídico interno. Además, debería ser un filtro que evite que el derecho interno viole principios resguardados por el derecho internacional.

Una Constitución no permite, al menos en teoría, la consolidación de poderes que afecten el interés general y el orden público. Esencialmente, no admite actuaciones que debiliten o limiten la vigencia de su orden jurídico interno.

⁶⁷ Hugo Tórtora Aravena, “Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, No. 2, 2010. Pág. 173. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>

⁶⁸ Georg Schwarzenberger, *The Problem of International Public Policy*, Current Legal Problems, 1965, Págs. 191–214.

Ahora, el hecho de que una ley u otro acto de cumplimiento general no haya sido declarado inconstitucional ¿brinda o no resguardo al funcionario público que está obligado a su cumplimiento?.

En la práctica, puede suceder que el cumplimiento del ordenamiento jurídico interno sea eventualmente objeto de sanción internacional, al valorarse lo actuado bajo estándares comparativos como ocurre con el *trato justo y equitativo* y la plena protección legal.

El control de constitucionalidad no se abstrae totalmente de temas y consideraciones políticas, pese a que su naturaleza es mayormente jurídica. No existe en América Latina un derecho constitucional internacional ni supranacional, sin embargo, dicha expresión, correcta o incorrectamente referida, designa al uso de normas de derecho internacional que tienen valor constitutivo. Aquello tiene incidencia en organizaciones internacionales que podrían dictar directrices comunitarias a sus miembros.⁶⁹ En tal sentido, el derecho constitucional internacional podría extenderse a: (1) normas constitutivas que son adoptadas por cada legislación local y aprobadas por el derecho internacional; y, (2) normas que sirven como constituciones de organizaciones o regímenes internacionales.

Bajo la lógica Westfaliana,⁷⁰ los Estados ceden soberanía a instancias internacionales en aras de un bien comúnmente provechoso. Al contrario, no existe soberanía fuera de los Estados, ni menos superior a ellos. La hermenéutica sobre la real igualdad del poder soberano y equilibrio es otro tema de debate⁷¹ en el contexto material, ya que formalmente, ante la norma, todos los Estados son iguales.

Aunque el derecho constitucional y el derecho internacional se entienden autónomos, su interrelación difusa es cada vez mayor. El derecho internacional encarna un orden interestatal en un sistema cada vez más comprometido con la comunidad internacional y

⁶⁹ Incluso en la creación de Tribunales y sistemas constitucionales comunitarios, estos no son estrictamente internacionales, sino que ejercen un poder supranacional únicamente para sus miembros y en virtud de una aceptación o delegación de poderes previa.

⁷⁰ La paz de Westfalia de 1648, que puso fin a la Guerra de los 30 años, estableció los cimientos de la noción de soberanía actual. El respeto a la soberanía, cuando ésta se contrapone a los principios generales del derecho o al *ius cogens*, despierta posturas antagónicas. De este modo, se puede pasar de una vocación de no intervención absoluta, hasta la obligatoriedad de las naciones civilizadas de poner frenos o límites a actuaciones criminales o atroces de gobiernos extranjeros. El referido dilema del ser y deber ser de la soberanía se ilustra en el artículo: “To protect sovereignty, or to protect lives?”, *The Economist*, 15 May 2008. Disponible en: www.economist.com/world/international/displaystory.cfm?story_id=11376531 (17.11.2011).

⁷¹ Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012, Pág. 24.

con el individuo en particular y su existencia no es meramente residual a lo que el Estado quiera aceptar o no convencionalmente. Pese a ello, y a la indiscutible autoridad moral del *ius cogens*, América Latina está muy lejos de llevar el constitucionalismo a la esfera internacional, a diferencia de leyes modelo propuestas por organismos internacionales en materia comercial o de solución de disputas, no se han propuesto textos constitucionales modelos, sin perjuicio de que la presión globalista lo haga posible en las próximas décadas.

A criterio de algunos autores como Oliver Diggelmann y Tilmann Altwicker, podría haber un constitucionalismo mundial sobre la base de un constructivismo social,⁷² lo que implica salvar paradojas sociales, políticas y morales, que tan siquiera en el ámbito local pueden limarse eficazmente. Al momento, el determinar si el globalismo podría minar el poder Estatal en aras de constituir un súper poder es algo todavía no predecible. La metamorfosis que podría darse, de ser el caso, tampoco es evidente.⁷³ No obstante, más allá de posibles predicciones, lo cierto es que estos contenidos agregados fortalecen la autonomía del derecho internacional frente a la soberanía estatal.

Más allá de identificar los tipos de control constitucional existentes en diversas latitudes, vinculados en mayor o menor medida a los sistemas: difuso, concentrado y mixto, se tiene que considerar la tradición jurídica que conlleva a la definición de un medio de control específico.

Una posible constitucionalización del derecho internacional es algo que, en razón de las diversas tradiciones jurídicas, implica un entendimiento diferente entre sistemas jurídicos escritos y del *common law*.⁷⁴ La voz latinoamericana ha estado entorno al transitar de una independencia que no termina de consolidarse, lo cual ha sido a su vez entendida como una subordinación del sistema internacional al orden local, lo que en la práctica no es posible lograr salvo con un abierto aislacionismo.

Otra dificultad conceptual importante está dada en torno a las posibles normas del derecho internacional que pueden calificarse de constitucionales porque funcionan como derecho

⁷² Oliver Diggelmann, and Tilmann Altwicker. "Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68, 2008, Pág. 624.

⁷³ Petra Dobner, and Martin Loughlin, Eds, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press, 2010. Pág. 15.

⁷⁴ Jan Klabbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, Pág. 86.

constitucional complementario en el contexto interno. Esto se ha visto con más énfasis en temas comerciales y de inversión⁷⁵ en los que se han consolidado reglas propias que de hecho pueden entrar en conflicto con normas constitucionales locales. Lo mencionado lleva a otro aspecto igualmente complejo que se traduce en la fragmentación del derecho,⁷⁶ al punto de que ciertas materias están reservadas únicamente al ejercicio profesional de pequeñas élites transnacionales.

Es por demás evidente que los representantes o agentes del poder público difícilmente conocerán el derecho internacional a nivel de experto, más aún cuando la referida fragmentación del derecho a creado reglas *sui generis* e incluso argots especializados que las hacen inentendibles a quienes no han sido formados en la materia. Pero incluso para quienes están familiarizados con el derecho internacional, en muchos temas podría darse el caso de que desconozcan como línea base algunos conceptos generales,⁷⁷ ya que el aspecto de calificación⁷⁸ abre fisuras conceptuales.

Al otro extremo del intento de internacionalizar el derecho constitucional, se encuentra la oposición a sistemas especializados y fragmentados como es el caso de la inversión internacional. En este punto, Ecuador⁷⁹ declaró la inconstitucionalidad de todos los tratados suscritos, previo a proceder con su denuncia.⁸⁰ Antes de aquello, no existían precedentes de inconstitucionalidad de tratados de inversión en el mundo y dentro del sistema interno. El control constitucional en principio se encargaba de realizar una revisión material sobre las materias y formal sobre el procedimiento de adopción y ratificación de los instrumentos internacionales. El haber declarado inconstitucional

⁷⁵ De este modo se ha dicho, entre otras cosas, que la OMC está regulando el mundo. Sobre el tema ver: Jeffrey L., Dunoff., and Joel P. Trachtman, Eds. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, Pág. 32.

⁷⁶ Andrzej Jakubowski, and Karolina Wierczyńska, Eds. *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, London: Routledge, 2016, Pág. 40.

⁷⁷ Anne Peters, “Constitutionalization”. In *Fundamental Concepts for International Law: The Construction of a Discipline*, Edited by Jean d’Aspremont and Sahib Singh. Cheltenham, UK: Elgar, 2017.

⁷⁸ La calificación consiste en determinar y conceptualizar nociones jurídicas que tienen distinta valoración y entendimiento en razón de su uso en normas extranjeras. En Derecho Internacional Privado, el problema de la calificación consiste en la determinación de las normas materiales indirectas y puntos de conexión.

⁷⁹ Tema referido en extenso en la Segunda Parte de la presente investigación.

⁸⁰ Destaca el hecho de que el 21 de junio de 2021 el gobierno nacional suscribió el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966”, el cual, luego del respectivo dictamen de la Corte Constitucional fue ratificado por el Presidente Constitucional de Ecuador, mediante Decreto Ejecutivo No. 122 de 16 de julio de 2021.

tratados internacionales que válidamente fueron siguiendo las instancias pertinentes del Estado denota quiebres con la noción del *pacta sunt servanda*.

La realidad de que un Estado tenga un mecanismo de control preventivo y reparador, sin duda, puede aminorar una posible responsabilidad internacional del Estado, siempre bajo una lógica temporal *ex ante*. Ahora, el problema conceptual se presenta cuando la responsabilidad se da sobre la aplicación de normas mandatorias que se presumen constitucionales y legales. Sin embargo, un agente o representante de gobierno⁸¹ podría incurrir en responsabilidad internacional por cumplir las leyes internas vigentes (presumidas como válidas), lo que denota que el control constitucional no siempre es suficiente para evitar posibles sanciones por incumplimiento a principios, compromisos o estándares internacionales. Lo mismo podría decirse de los efectos del control constitucional, tales como: *inter partes*, *erga omnes*, *ex nunc* y *ex tunc*.

El caso *Marbury vs. Madison* de 1803,⁸² resuelto por la Corte Suprema de U.S.,⁸³ que reconoce la autoridad del poder judicial sobre los otros poderes públicos dentro del sometimiento de la Constitución, es limitado. En su momento la llamada facultad de “*judicial review*” no estuvo libre de críticas y dificultades,⁸⁴ sin embargo, con el tiempo se consolidó como una de las más importantes atribuciones de la Corte Suprema. En todo caso, esta facultad dista del control más exhaustivo que podría hacer una Corte Constitucional.

Ahora, el sistema de “*judicial review*” sería incompatible con el régimen de presunciones derivado de las potestades “*exorbitantes*” de la administración pública que entrega un amplio catálogo de privilegios unilaterales a favor del poder público, como sucede en el caso de los Estados que se han inspirado en el sistema del derecho administrativo francés,

⁸¹ En Ecuador, respecto a la representación, el COA establece en su Art. 155 que, a falta de representante, la administración pública designará uno para garantizar la efectividad del derecho a la tutela administrativa en la sustanciación del procedimiento, cuando la persona interesada: 1. No pueda ser identificada. 2. Se oculte. 3. Se desconozca su residencia o se encuentre en el extranjero. 4. Se encuentre incapacitada legalmente o de hecho. 5. No se encuentre en condiciones de intervenir personalmente en el procedimiento administrativo. 6. Tenga la capacidad de ejercicio restringida.

⁸² *Marbury contra Madison*, 5 U.S. 137, 1803.

⁸³ El procedimiento utilizado fue: “*writ of mandamus*”, que podría simplificarse o traducirse en procedimiento abreviado de cumplimiento. Sobre el tema ver: Juan V. Sola, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial la Ley, 2010, Pág. 130.

⁸⁴ William L. Benoit, “The case of the midnight judges” and multiple audience discourse: Chief Justice Marshall and *Marbury V. Madison*, *Southern Communication Journal*, 1994.

que constituye la regla en América Latina y particularmente en Ecuador, de corte continental romanista.

A partir del año 2008, la C.E. estableció la creación de la primera CrCE con atribuciones que no tenía el anterior Tribunal Constitucional ni Tribunal de Garantías Constitucionales, lo cual marcó un hito histórico al darle facultades para pronunciarse incluso sobre normas internacionales.

Debe destacarse que la doctrina y legislación francesa, creadora a su vez del derecho administrativo basado en poderes extraordinarios y unilaterales (potestades exorbitantes), puntualmente se opuso a toda asimilación de una figura análoga al *judicial review*, como forma de garantizar el ejercicio del poder político de los gobernantes.⁸⁵

El que un Estado opte o no por un tipo de control constitucional en particular, en principio no cambia ni limita la posibilidad de que en algún momento pueda incurrir en responsabilidad internacional, no obstante, el tema de las potestades exorbitantes es algo que no puede ser entendido y por lo tanto observado por posibles juzgadores internacionales que no estén familiarizados con el sistema francés y su utilización.⁸⁶

Interesantemente, la declaratoria de inconstitucionalidad de todos los TBIs no tiene efecto en el derecho internacional, ni es necesaria para fundamentar una posible denuncia. En caso de optarse por la nulidad de un tratado habría que justificar el uso real de la fuerza o amenaza ilegítima,⁸⁷ lo que conlleva un *onus probandi* de alta dificultad. Por lo tanto, lograr la declaratoria de nulidad de un TBI es potencialmente complejo.

Resulta evidente que el derecho constitucional y el derecho internacional transitan por carriles distintos, sin perjuicio de que en algún momento podrían confrontarse. De darse la colisión entre derechos, usualmente se quebrará el lado más débil (dependiendo de la hipótesis casuística),⁸⁸ lo que no necesariamente implica el rigor de una depuración jurídica.

⁸⁵ Alec S. Sweet. *Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter*, Michigan Law Review, 101(8), 2003.

⁸⁶ Stanley A., De Smith. *Judicial Review and Administrative Discretionary Powers*. The Modern Law Review, 35 (4), 1972.

⁸⁷ Sobre el tema ver: DTCV, Art. 2.

⁸⁸ Miguel Agudo Z. y Eva M. Vázquez G., “Hacia Una Aproximación Crítica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.47, n.140, nueva serie, año XLVII, núm. 140, mayo-agosto de 2014, Págs. 396-397. Disponible en:

En la práctica, un Estado podría ser condenado internacionalmente por actos legítimos al amparo de su derecho local y otro Estado no, bajo condiciones *certiris paribus* que harían presumir igualdad, lo cual resta predictibilidad a la ciencia jurídica y menoscaba la seguridad jurídica en la resolución de disputas.

2. LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y LOS CAMBIOS NORMATIVOS INCLUIDOS LOS CONSTITUCIONALES.

2.1. Antecedentes.

Este es un tema que representa una dificultad legal, política y social mayúscula, que no solo afecta a las ciencias jurídicas en su aspecto conceptual, sino que pone en riesgo cuestiones sustantivas como la defensa de la naturaleza, el derecho de los trabajadores, además de asuntos impositivos y redistributivos, sanitarios y de infraestructura, entre otros, sin contar que transversalmente a todo esto, pueden surgir posibles violaciones a derechos humanos.

Con tales antecedentes cabe preguntar si un Estado ¿debería o no abstenerse o restringir su actividad legislativa, judicial o de gobierno en aras de evitar sanciones internacionales?. El cambio de un *stato quo* potencialmente podría beneficiar a determinados actores internacionales y perjudicar a otros (hipotéticamente las posibles variaciones influirían indistintamente, ya sea de forma favorable o perjudicial, a inversionistas locales o extranjeros en diversa dimensión y alcance). Incluso, cambios supervinientes que parecerían ser una mejora para el interés general llegarían a tornarse en detrimento puntual para las legítimas expectativas de un inversionista extranjero.

A esto se suma la realidad de que aún en la hipótesis de inmovilidad (congelamiento normativo, regulatorio, de control, de gobierno, y políticas públicas, etc.) se debe aplicar una ley interna o realizar un acto de poder o control que podría eventualmente ocasionar una demanda internacional. En este sentido, si un Estado es inmóvil podría ser demandado ante tribunales internacionales de derechos humanos por no garantizar la vigencia efectiva de derechos fundamentales, es decir, si el Estado a través de sus órganos no actúa

en defensa de la juridicidad y bien común, también incursiona en faltas susceptibles de ser sancionadas local e internacionalmente.

La posibilidad de que existan cláusulas, contratos o compromisos de estabilidad genera muchas interrogantes conceptuales, desde el hecho de limitar la capacidad del Estado para regular o decidir, hasta la hipótesis de que en caso de cambiar leyes o incluso la Constitución, dichas modificaciones no afecten a inversionistas extranjeros o a los beneficiarios de la respectiva prerrogativa.

En extremo, consta el temor de los funcionarios públicos de reformar o cambiar las reglas en sectores regulados ante posibles demandas internacionales, donde destacan mercados administrativamente reglados. La realidad actual de que las modernas disputas internacionales de comercio e inversión pueden limitar o sancionar indirectamente los cambios normativos internos genera preguntas elementales, incluso en cuanto a las potestades del Poder Constituyente que en principio es ilimitado, incontrolado y supra-jurídico.

El poder del Estado para modificar su normativa, desde la arbitrariedad o la justa necesidad jurídicamente motivada, pasando incluso por el reconocimiento de un poder popular para crear o extinguir Estados, no es un asunto regulado jurídicamente, más allá de temas de sucesión de Estados y reconocimiento internacional.

La noción jurídica de Poder Constituyente no ha sido desarrollada ni abordada por el derecho internacional, a lo que se suma el hecho de que tampoco tiene una concepción universal, sobre todo si consideramos el derecho anglosajón. En el caso del Reino Unido existe un derecho constitucional extenso y difuso al no tener una Constitución escrita, en tanto que U.S., al contar con una única Constitución,⁸⁹ el poder político no ha visto en la

⁸⁹ Para entender a la Constitución como un único instrumento, debe hacerse mención a su fundación sobre una Declaratoria de Independencia (the unanimous declaration of the thirteen United States of America - 1776). El intento de unión a través de una Confederación con muchos episodios y dificultades tuvo como corolario los llamados “Artículos de la Confederación y la Unión Perpetua”, aprobados en el marco del segundo Congreso Continental el 15 de noviembre de 1777. La Constitución de los Estados Unidos, luego de un difícil proceso, logró su ratificación el 21 de junio de 1788, enfocándose en: 1. Crear un gobierno en Democracia, 2. Consolidar un Federalismo y 3. Establecer una división de poderes en el marco de pesos y contrapesos.

La Constitución inicialmente no contempló una parte dogmática, como la desarrollada en la Declaratoria de Independencia, lo que provocó la inclusión de las 10 primeras Enmiendas o Bill of Rights. Las enmiendas no tenían un propósito reformatorio, sino completar el instrumento que, por la dificultad política de agregar soberanías de Estados Independientes, tuvo que concretarse por partes.

reforma constitucional o refundación social un instrumento de política para sobrellevar crisis políticas o sociales como en América Latina.

Para entender la dimensión del paso del Estado absolutista (ilimitado e irresponsable) hasta el desarrollo del primer proceso constituyente de Ecuador, es necesario hacer una referencia a antecedentes históricos, desde los hitos del constitucionalismo mundial, tomando en cuenta que el derecho internacional, antes y después de tales hechos, sigue conservando su carácter consuetudinario sobre la base convencional recíproca.

Esto crea una interesante paradoja ya que, con la aparición del Estado de derecho encuadrado en límites y jurídicamente responsable, se dan fundamentos para la responsabilidad internacional del Estado, pero al mismo tiempo, se abre la posibilidad de que el Estado pueda modificar jurídicamente su *stato quo* local, con incidencia directa o indirecta en compromisos y obligaciones internacionales.

La Carta Magna, así como los documentos posteriores *Patition of Rights* de 1628, *Hábeas Corpus Act* de 1679 y *Bill of Rights* de 1689, no acude a la idea de Poder Constituyente, por cuanto la Constitución se remonta a tiempos inmemorables, consistiendo por lo tanto en tal desde el punto de vista material más no formal, lo cual marca la pauta entre constituciones flexibles y rígidas.

Su importancia no solo radica en la consolidación primaria de nociones jurídicas de forma del poder público, sino que representa un sismo en las relaciones internacionales y equilibrio de poder, que desencadena en la terminación del Estado absolutista, en el cual el gobernante era un soberano que estaba por sobre la ley y la juridicidad.

El *Instrument of Government* de 15 de diciembre de 1653, promulgado por el Consejo de Oficiales y vigente durante el período de Oliver Cromwell como Lord Protector, estableció una Constitución Republicana que, como tal, representó la primera Constitución de la modernidad y la única escrita en el constitucionalismo británico.

La idea constitutiva de poder⁹⁰ supuso el concepto racional normativo de Constitución que surgió desde tiempos modernos con motivo de la independencia norteamericana y la

Dicho de otra forma, las Enmiendas no han modificado, restringido o interpretado el contenido constitucional primigenio, esto es: “Artículo I: el poder legislativo; Artículo II: el poder ejecutivo; Artículo III: el poder judicial; Artículo IV: los poderes del Estado y límites; Artículo V: proceso de enmienda; Artículo VI: Supremacía de la Constitución y las leyes federales; Artículo VII: Ratificación.

⁹⁰ Antes de la consolidación de la noción de Estado de derecho, la fuerza era manifestación primigenia de poder y los instrumentos jurídicos, como los Tratados Internacionales, se limitaban a viabilizar sus

Constitución de 1787. En este sentido, apareció el modelo racional normativo de Constitución generado por el Poder Constituyente del pueblo y como tal supremo, fundamentado en la soberanía popular, escrita y rígida. Si bien el poder soberano tiene facultad de imponer reglas propias, éstas deben encontrarse limitadas en el marco del derecho natural e inspiradas por el bien común, la moral y la justicia como valores ciertos y universales.

Ahora bien, los cambios normativos radicales, principalmente constitucionales, afectan las relaciones internacionales tanto públicas entre Estados como privadas en temas productivos, industriales, de propiedad y de deudas legítimas. En última *ratio*, el cambio normativo propuesto por grupos no afechos al orden público internacional incluso puede crear conflictos que vulneran derechos fundamentales a través de la imposición de normas locales, con el propósito de eliminar o someter a grupos adversarios, considerados así debido a su raza, cultura, situación social, etc. Aquello tiene un valor sustancial, ya que los derechos humanos no afectan únicamente el ordenamiento jurídico interno, sino que tienen un impacto directo en el derecho internacional.

La distinción entre constituciones rígidas y flexibles, planteada por James Bryce⁹¹ a inicios del siglo XX, ha ido perdiendo relevancia jurídica, más aún cuando el constitucionalismo flexible ha adoptado institutos propios del rígido que resultan de la asimilación de una suerte de control de la ley en el Reino Unido con las declaraciones de incompatibilidad, a partir de la vigencia de la *Human Rights Act* de 1998, por la cual, los tribunales ingleses tienen la obligación de interpretar las leyes en armonía con la Convención Europea de Derechos Humanos.⁹²

No obstante, la relación conceptual entre nociones de constituciones rígidas y flexibles tiene incidencia directa en el derecho internacional desde la creación de un escenario de mala vecindad hasta la concreción de una amenaza a la seguridad internacional. En una

resultados. En principio, el vencedor tenía derecho a imponer condenas al vencido, sin que tan siquiera se discuta la conducta legítima o no de quien acrecentaba su poder *manu militari*. Sobre el tema ver: Augusto Hernández Campos, “Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional: Aplicación en Conflictos Internos”, *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales, Vol. 7 Núm. 15, 2000, Págs. 166-167.

⁹¹ James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, Pág. 84.

⁹² Dicho antecedente determinó que si las leyes no podían ser interpretadas de conformidad con la *Human Rights Act*, los tribunales estaban en facultad para emitir una declaración de incompatibilidad, lo cual derivaba en la obligación de que el Parlamento se pronuncie sobre la validez y aplicación de las leyes.

fase intermedia, se encuentra la posibilidad de incumplir acuerdos internacionales legítimos que provocan incurrir en responsabilidad internacional del Estado.

De igual manera, la relación entre el proceso constituyente y el derecho internacional tiene potenciales consecuencias casuísticas que no han sido expuestas exhaustivamente por la doctrina. Por un lado, aunque el derecho constitucional ha desarrollado íntegras teorías sobre su naturaleza, por otro, el derecho internacional las ha dejado expresamente de lado bajo el principio de no intervención o injerencia en temas internos. Esta realidad abre importantes grietas conceptuales por cuanto, en la práctica, los Estados han sido condenados internacionalmente a consecuencia de cambios constitucionales y normativos en su legislación interna.

Así mismo, la relación entre el derecho local versus el equilibrio que debe existir en la noción de soberanía y los intereses extranjeros no es evidente y, por el contrario, subyacen capítulos desconocidos sobre la injerencia extranjera en la consolidación de normas locales. En el caso de Ecuador, la financiación de diversos aspectos organizativos de su independencia llevó a una limitación innegable de sus políticas públicas y actuaciones internas, en razón a evidentes presiones externas. El Ecuador no fue el único que debió recurrir a financiamiento internacional para consolidarse como Estado, sino que también, en general, el resto de los territorios separados de España.⁹³ Es decir, la misma independencia del país, junto a toda obra relevante,⁹⁴ implicó la intervención extranjera.

Las crisis sociales que han exigido reformas no han sido autónomas de las crisis económicas ocasionadas, a más de los malos gobiernos locales por la presión del pago de préstamos internacionales. Aunque el tema desborda la presente investigación, es necesario determinar que Ecuador, desde su separación de la Gran Colombia, ha registrado por lo menos siete episodios consumados de cese de pagos (default) a partir de

⁹³ “A partir de la segunda década del siglo XX, la legislación administrativa y financiera ecuatoriana tiene una significativa influencia norteamericana con el apoyo, primero de la Comisión Kemmerer entre 1923-31, y el asesoramiento posterior, entre las décadas de 1940 a 1970, de misiones de expertos de EE. UU. auspiciados por el Punto IV de la Alianza para el Progreso. En todo caso, desde la Constitución de 1929 la legislación incorpora un importante contenido económico y social que incluye garantías de derechos”. Ricardo Rivero Ortega, *Derecho administrativo*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2017, Pág. 20.

⁹⁴ Entre las más relevantes consta la deuda inglesa por la Construcción del Ferrocarril, donde destaca la figura del presidente Eloy Alfaro Delgado (1842 -1912).

1830, a más de una serie importante de fricciones y dificultades cercanas al incumplimiento.⁹⁵

Han existido reformas consideradas positivas como la creación del BCE o la CGE, que tuvieron como objetivo ordenar y consolidar las finanzas públicas para evitar que el Estado caiga en cesación de pago de sus obligaciones intencionales, lo cual constituyó un avance positivo⁹⁶ que sin la intervención o cooperación extranjera y de las principales instituciones del país y de la región no se hubieran concretado.⁹⁷

Respecto al proceso constituyente, en Ecuador puede mencionarse como antecedente remoto la decadencia del Imperio Español, en las primeras décadas del siglo XIX, que conllevó el surgimiento de nuevos estados-naciones tanto en España como en América, y la aparición de tres corrientes de pensamiento sobre el futuro: una que pretendía perpetuar la supremacía de la corona, otra que proponía la consolidación de estados independientes y una tercera que buscaba transformar la Monarquía española en una comunidad, en la cual, las partes integrantes coexistieran conjuntamente en una nación española confederada, sin perjuicio de la capacidad de cada uno de éstos para autogobernarse,⁹⁸ aspiración que recogió la propuesta de Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812.

La Constitución de la Monarquía Española de Cádiz, más allá de no guardar armonía con los principios democráticos liberales que formalmente proclamaba,⁹⁹ procuró la expansión de la idea del constitucionalismo en España y en América, a través de la

⁹⁵ Una referencia resumida del tema puede ser encontrada en: Evelyn Tapia, Editorial, Ecuador, 190 años renegociando deuda externa, 19 de julio de 2020, Diario EL COMERCIO. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-renegociando-deuda-externa-gobiernos.html>.

⁹⁶ “Las tres potencias mundiales de aquella época, Inglaterra, Estados Unidos y Francia tenían un gran interés en las colonias españolas; Inglaterra fue el país que realizó el primer empréstito a la Gran Colombia, con altísimos intereses, los cuales se cobraron por adelantado, iniciando con el 85% y en la práctica se lo pagó al 88,5%. A este crédito se lo ha conocido históricamente como ‘deuda inglesa’. Cuando es concretada la independencia en 1822, la deuda externa había alcanzado 907 759 pesos.” Fernando Arévalo, “La historia de la deuda externa: De la Deuda Inglesa al ferrocarril (Parte 1)”, *Criterios Digital*, Quito, 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://criteriosdigital.com/contexto/malmeida/historia-de-la-deuda-externa-ecuatoriana-1/>

⁹⁷ Sobre el tema, entre otros textos ver: Edwin W. Kemmerer, “Economic advisory work for governments”, *The American Economic Review*. Vol. 17, American Economic Association, Nashville, 1927.

⁹⁸ Jaime E. Rodríguez O., *La revolución política durante la época de la independencia: el reino de Quito, 1808-1822*, Corporación Editora Nacional UASB-E, Quito, 2006, Pág. 3.

⁹⁹ Básicamente se trataba de los principios del constitucionalismo moderno como son soberanía nacional, gobierno representativo, separación de poderes, declaración de derechos del hombre y del ciudadano, entre otros.

motivación de procesos electorales participativos¹⁰⁰ y el establecimiento de un poder casi absoluto de las cortes respecto al rey, representando el primer antecedente que sirvió en la construcción del constitucionalismo ecuatoriano, aun cuando “*la Carta Magna de Cádiz no parece contar con influencias sobresalientes en el constitucionalismo de Ecuador, Colombia, o Venezuela*”.¹⁰¹

En las primeras constituciones de América Latina se observa un trayecto que va desde la defensa política de la Constitución, basada en las ideas de la revolución francesa, hasta el desarrollo de las primeras formas de justicia constitucional inspiradas en el *judicial review* americano, que fomentó un control difuso de constitucionalidad.¹⁰²

En el marco de lo que se conoce como la República del Ecuador apareció, en primera instancia, la Constitución del Estado de Quito de 1812,¹⁰³ caracterizada por ser un documento de “*notable madurez y originalidad*”,¹⁰⁴ siendo que posteriormente, dentro del proceso emancipador, el 9 de octubre de 1820, con la Revolución de Guayaquil se expidió una nueva Constitución, al igual que el 15 de noviembre del mismo año,¹⁰⁵ después de la Revolución de Cuenca, se expidió otra.

La primera Constitución de Ecuador como Estado, elaborada en el primer Congreso Constituyente en la ciudad de Riobamba en 1830, adoptada como mecanismo de unión de los tres departamentos: Quito, Guayaquil y Cuenca, se caracterizó por contar con pocos diputados e ir más allá de la simple declaración de independencia, siendo propiamente el

¹⁰⁰ José M. Porras R., *La federación Imposible, el proyecto Constitucional Americano en las Cortes de Cádiz*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 11, No. 1, Santiago, 2013, Pág. 31.

¹⁰¹ Juan C. Monterde G., “Algunas influencias de la carta magna gaditana de 1812 en el constitucionalismo iberoamericano”, en Acedo Penco, Ángel (Dir), *Estudios jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, Madrid, 2014, Pág. 198.

¹⁰² Juan C. Monterde G., “Algunas influencias de la carta magna gaditana de 1812 en el constitucionalismo iberoamericano”, *op. cit.* Pág. 199.

¹⁰³ El 15 de febrero de 1812, el Primer Congreso de los Pueblos Libres de Quito designó como Estado de Quito a la Real Audiencia de Quito, integrada por las provincias de Quito, Guayaquil y Azuay, además de aquellas vinculadas políticamente a este Cuerpo “*luego que hayan recobrado la libertad civil de que se hallan privadas al presente por la opresión y la violencia, las cuales deberán ratificar estos Artículos sancionados para su beneficio y utilidad común*”, según el Art. 1 de dicha Constitución.

¹⁰⁴ César Coronel J., y Jofre Campaña M., “Constitución y Poder Político. Hacia un sistema de autonomías”, *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, No. 2, Quito, 2000, Pág. 10.

¹⁰⁵ Juan J. Paz y Miño C., “El constitucionalismo en el Proceso de la Independencia del Ecuador, La Constitución Quiteña de 1812”, en *El Constitucionalismo en el proceso de la independencia*, Quito, 2010. Pág. 55.

acto de fundación y expresión soberana de creación de la entidad política,¹⁰⁶ que tomó como base lo elaborado en la Constitución Colombiana de Cúcuta. Su artículo 2 precisaba que, el Estado del Ecuador se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola nación con el nombre de República de Colombia.¹⁰⁷ Es a partir de la Constitución de 1830 que se estableció la responsabilidad de los funcionarios públicos, además de su derecho a no ser destituidos sin causa.¹⁰⁸

Sin perjuicio de que en Ecuador han existido varios procesos constituyentes definidos por hechos sociales y políticos que delinearon principalmente los contenidos constitucionales en cada caso, son los de 1998 y 2008 aquellos que tienen mayor relevancia y contribución en el nacimiento del nuevo constitucionalismo andino de tercera generación, de la mano con los procesos constituyentes venezolano de 1999 y boliviano de 2006-2009.¹⁰⁹

El origen del neoconstitucionalismo latinoamericano se remonta al proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991, que en ese entonces ya incluía características novedosas respecto del constitucionalismo clásico, como el hecho de la elección de una Asamblea Constituyente por votación popular.¹¹⁰ El proceso de aprobación de dicha Constitución se caracterizó por no requerir de refrendación posterior para su validez, fijando adicionalmente que los actos constituyentes no podían ser objeto de control posterior de constitucionalidad.¹¹¹

Particularmente, el proceso constituyente ecuatoriano, iniciado en 2007 y concluido en 2008, trajo consigo elementos innovadores, incorporados como proceso político,

¹⁰⁶ La Constitución de 1830 marcó la transición del régimen monárquico al republicano, pasando de un sistema de dependencia a uno de independencia de forma improvisada y con la amenaza de que el Gobierno Central de Colombia ejerza represalias.

¹⁰⁷ Juan Larrea H., *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Volumen I, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 1998, Pág. 14.

¹⁰⁸ Enrique Ayala M., *Evolución constitucional del Ecuador. Rasgos Históricos*, Serie Estudios Jurídicos 43, Corporación Editora Nacional - Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2018, Pág. 34.

¹⁰⁹ Albert Noguera F., “El Constitucionalismo de Tercera Generación Rompiendo la Tensión Entre la Definición Social del Estado y el Tratamiento Constitucional Degradado de los Derechos Sociales”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N. 43, Granada, 2009, Págs. 245-265.

¹¹⁰ Albert Noguera F., y Marcos Criado de Diego, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Volumen 13, Número 1, Págs. 115-49, Bogotá, enero-junio 2011, Pág. 24.

¹¹¹ Néstor R. Correa H., “El proceso constituyente: El caso colombiano”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 91, Medellín, 1991, Págs. 24-38.

representando en aquél entonces una de las constituciones más avanzadas.¹¹² Entre los aspectos más novedosos tenemos:

1. La aparición de los derechos de la naturaleza y su consideración como sujeto activo por su relación con todos los seres vivos y su directa incidencia en las comunidades indígenas.¹¹³
2. El surgimiento de la Función Electoral como complementaria de los tres poderes clásicos del Estado, compuesta por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.¹¹⁴
3. La creación de un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), que junto a otras entidades del Estado forman el denominado “Quinto Poder” y cuyas actuaciones han generado varias críticas. Pese a las buenas intenciones en su concepción, se reprochó que el CPCCS era una extensión del Poder Ejecutivo por lo cual, su fracaso fue evidente, al punto de ser desacreditado incluso por quienes en su momento respaldaron su nacimiento.

La Constitución de 1998 no preveía expresamente la posibilidad de que el Presidente de la República pueda convocar a una Asamblea Constituyente, por ello, era necesario como paso previo, una consulta popular para que los votantes se pronuncien sobre la factibilidad de la convocatoria. Una vez convocada la Asamblea Constituyente, se procedió a la elección democrática de sus miembros. Ya en el proceso de redacción de la nueva Constitución se realizaron consultas y debates participativos para finalmente ser aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano.¹¹⁵

Pese a no estar definida plenamente dentro de la historia jurídica la relación evidente entre los cambios de normas locales y la incidencia con compromisos internacionales, este avance importante en el marco jurídico no estuvo libre de críticas en el contexto

¹¹² Rubén Martínez D., “Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador la Constitución de 2008”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, N. 47, Bogotá, 2017, Págs. 82.

¹¹³ Hernán Hermosa M., “El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, *Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, No. 20, Quito, 2014, Pág. 153.

¹¹⁴ José M. Canales Aliende, “Reflexiones Politológicas sobre la Constitución de Ecuador de 2008, en el Contexto del Proceso de Consolidación Democrática de América Latina”, *Revista IURIS*, No. 16, Volumen No. 2, BIANUAL, Cuenca, 2017, Págs. 67-90.

¹¹⁵ Rubén Martínez D., “Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador la Constitución de 2008”, *op. cit.*, Págs. 81-102.

internacional. En el ámbito práctico, la expedición de la nueva C.E. generó diversas demandas internacionales que serán vistas *in extenso* en la Parte Segunda de la presente investigación, puntualmente en el Capítulo 3, referido a demandas arbitrales internacionales.

2.2. Cambios del derecho local frente al derecho internacional.

La movilidad y variabilidad del derecho local frente al derecho internacional es evidente y constante. Los cambios políticos generan nuevos estilos de gobierno y administración. Además, las diversas corrientes políticas proponen cambios normativos, que afectan al poder público en sus diversos niveles mediante la creación de cargas o deberes de cumplimiento general. Estos cambios no son necesariamente lineales ni coherentes, lo que implica que un acto de poder público haya sido totalmente legítimo y posteriormente opere un cambio normativo que lo haga invalido. Por el contrario, el derecho internacional es casi estático, su consolidación es muy lenta, ya que la negociación y aprobación de tratados internacionales toma tiempo. El *ius cogens*, por su parte, sobre una noción naturalista se mantiene permanente.

El presente tema posee una incidencia social y política importante por cuanto los parámetros para determinar la estabilidad y rigidez constitucional no son únicamente jurídicos. Al efecto, causa dificultad el contenido y alcance del principio de *progresividad*¹¹⁶ del derecho constitucional que, al contener elementos tanto político como sociales, en cierto momento puede desbordar el *stato quo* jurídico. La Constitución encarna la existencia y los valores supremos de una nación y en tal sentido, no solamente los jueces constitucionales, sino toda autoridad pública y ciudadanos en general deben preservarla.

El paso del tiempo o las tendencias de gobierno son el principal fundamento para modificar o reemplazar constituciones. En Ecuador, las reformas y cambios constitucionales han sido intensos, a diferencia de otros países, como por ejemplo U.S., en donde se ha interiorizado el hecho de que su Constitución es lo suficientemente flexible

¹¹⁶ “En materia constitucional, principio de progresividad es un límite competencial de las autoridades encargadas de hacer efectiva la Constitución. En ese entendido, las interpretaciones y mutaciones constitucionales deben estar limitadas por este principio”. Roberto Mancilla C., “El principio de Progresividad en el Ordenamiento Constitucional Mexicano”, *Cuest. Const.*, No. 33, Ciudad de México, jul./dic. 2015, Pág. 103.

y a la vez fuerte para soportar las necesidades de la República,¹¹⁷ por ello, entre originalistas y textualistas,¹¹⁸ los doctrinarios de U.S. no han concebido la idea fundacional de cambiar el orden imperante a través de la implementación de una Asamblea Constituyente.

El hecho de que una Constitución prevea su forma o mecanismo de modificación, más allá de establecer el grado de rigidez del sistema, abre la puerta a una posible inestabilidad del Estado con consecuencias en sus relaciones internacionales y en la determinación de potenciales responsabilidades, al verse en ocasiones impedido de cumplir con las obligaciones contraídas bajo el imperio de un ordenamiento constitucional que ha sido derogado.

El tema de la reforma constitucional, en teoría, potencialmente es más viable en constituciones amplias, que desarrollan varios aspectos que bien podrían estar previstos en detalle en la ley, que respecto de constituciones más simples y cortas. El argumento de la extensión de la Constitución por sí mismo no es decisivo para motivar posteriores reformas, pero posiblemente con una Constitución que delegue más asuntos a ley, los cambios no serían necesarios.¹¹⁹ Dicha tendencia se aprecia en el caso ecuatoriano, cuya Constitución fue reformada luego de haber cumplido apenas 2 años de vigencia, esto es, en mayo de 2011,¹²⁰ considerando que la C.E. de Ecuador tiene 64.035 palabras en comparación con otras, como la de Mónaco, que cuenta únicamente con 3.800.

El evaluar Estados que presentan antecedentes de haber aprobado múltiples cambios a sus constituciones o haber expedido varias constituciones puede causar, además de un interés académico, una gran incertidumbre jurídica en el contexto internacional. En el

¹¹⁷ U.S. Supreme Court, *The Court and Constitutional Interpretation*, 2020. Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>

¹¹⁸ “Whereas textualist approaches to constitutional interpretation focus solely on the text of the document, originalist approaches consider the meaning of the Constitution as understood by at least some segment of the populace at the time of the Founding. Originalists generally agree that the Constitution’s text had an ‘objectively identifiable’ or public meaning at the time of the Founding that has not changed over time, and the task of judges and Justices (and other responsible interpreters) is to construct this original meaning”. Brandon J. Murrill, *Modes of Constitutional Interpretation*, Legislative Attorney, Congressional Research Service, 7-5700, R45129, 2018, Pág. 1. Disponible en: www.crs.gov

¹¹⁹ La misma reflexión puede hacerse respecto de constituciones normativas, semánticas y nominales; ya que su necesidad de reforma es distinta. La motivación ideológica existente en constituciones programáticas y utilitarias puede ser otro motivo para lograr cambios políticos a través de reformas constitucionales.

¹²⁰ Mediante referéndum se buscó aprobar enmiendas a la Constitución en diversas áreas, a través de 10 preguntas sobre temas tan variados que fueron desde la caducidad de la prisión preventiva hasta la prohibición de los juegos de azar.

escenario ecuatoriano, pese a que la Constitución de 2008 consagra el principio de seguridad jurídica,¹²¹ en temas referidos a inversión extranjera la legislación prevé incluso la posibilidad de firmar contratos de inversión en los que el Estado se compromete a otorgar estabilidad.¹²² Esto genera muchas preguntas teóricas ante el evento de que el sistema tributario, económico e incluso el régimen de propiedad pueda ser modificado posteriormente por una nueva constitución.

Además de U.S., los casos de Noruega (1814), Holanda (1815), Bélgica (1831) y Canadá (1867), entre otros, así como el denominado constitucionalismo no escrito del Reino Unido, con una tradición de más de 808 años, por su propia naturaleza, no han evidenciado cambios absolutos mediante la adopción de diversos cuerpos constitucionales y representan ejemplos de países con constituciones estables que han perdurado en el decurso del tiempo.

En América Latina, destaca la Constitución de México como la más antigua de la región, al estar vigente desde 1917, pese a aquello, en su momento fue fuente de disputas internacionales debido a lo prescrito en su artículo 27¹²³ respecto a la expropiación y la propiedad del Estado sobre los recursos naturales. Dicho artículo contemplaba el derecho del Estado a establecer o imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, en virtud de lo cual, se ejecutaron expropiaciones y nacionalizaciones principalmente en el sector petrolero en contra de empresas de U.S., dispuestas por el ex presidente Lázaro Cárdenas en 1938,¹²⁴ aspecto que se desarrollará más en detalle en el Capítulo III del presente trabajo.

2.3. Las cláusulas de estabilización.

¹²¹ La C.E., en su Art. 82 expresa que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

¹²² El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Ley s/n, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010, en su Art. 25, establece el contenido de los contratos de inversión. El Estado, por iniciativa del inversionista, puede suscribir contratos mediante escritura pública, donde debe constar el tratamiento dado a la inversión. Durante la vigencia del contrato de inversión podrá otorgarse estabilidad tributaria.

¹²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹²⁴ Sobre el tema ver: Noel Maurer, “The Empire Struck Back: Sanctions and Compensation in the Mexican Oil Expropriation of 1938”, *Journal of Economic History* 71, N. 3, Coventry, 2011, Págs. 590 – 615.

Las cláusulas de estabilización (*stabilization clauses*) pretenden ofrecer garantías frente a posibles cambios constitucionales, legales, regulatorios y administrativos. Usualmente, estas se otorgan en favor de quienes tienen el poder económico o político suficiente para garantizar la estabilidad de su negocio o inversión.¹²⁵ El tema se torna más complejo cuando existen actores internacionales en competencia, donde la garantía de estabilidad de uno se constituye en barrera de acceso para otro.

En teoría, las cláusulas de estabilización deberían limitar el espectro o rango de responsabilidad del Estado ante posibles demandas internacionales, sin embargo, el derecho es evolutivo y los cambios son permanentes en un entorno democrático que puede ser política, social o económicamente valorado como favorable o perjudicial, siendo esta atribución del poder público en principio irrenunciable. Lo dicho pese a que los cambios puedan carecer de coherencia o puedan generar que la parte modificada quede desencajada del sistema normativo general.

Las cláusulas de estabilización, aceptadas ampliamente en el derecho internacional, pretenden dejar intocado en un tiempo determinado o indeterminado el derecho aplicable a un contrato de inversión u otro negocio jurídico que acceda a este privilegio o mínima garantía, a criterio de los intereses extranjeros. Dichas cláusulas son, por lo tanto, discutibles dispositivos legales que buscan mitigar riesgos, coartando toda facultad reformatoria en cualquier nivel jurídico, incluso constitucional, bajo el justificativo de atenuar conflictos en el mundo de los negocios en general.¹²⁶ Esta práctica confronta la noción *inter partes* del contrato¹²⁷ y el poder público soberano de dictar normas.

Resulta un supuesto casi inalcanzable mantener un entorno legal idéntico al momento en que se firmó el respectivo contrato por años o incluso décadas, más aún cuando hay

¹²⁵ Si bien las cláusulas de estabilización pueden ser beneficiosas para atraer inversión extranjera, también no es menos cierto que restringen la soberanía del Estado para legislar en virtud del interés público. Sobre el tema ver: Fabio Núñez del Prado, & Eugenia Simó G., “Relaciones tóxicas: la insoportable tensión entre las cláusulas de estabilización, la soberanía estatal y los Derechos Humanos bajo el derecho internacional”. *THEMIS Revista de Derecho*, No. 77, Lima, enero-junio 2020, Pág. 497. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/themis.202001.0>

¹²⁶ Si bien esta modalidad puede estar presente en cualquier negocio o actividad económica, en el caso de Ecuador ha destacado en la actividad extractivista y energética. De forma transversal hace mención respeto a la propiedad privada, a fin de evitar cambios tributarios que degeneren en impuestos confiscatorios o retaleatorios.

¹²⁷ Andrey V. Kuznetsov, “The Limits of Contractual Stabilization Clauses for Protecting International Oil and Gas Investments Examined Through the Prism of the Sakhalin-2 Psa: Mandatory Law, The Umbrella Clause, and The Fair and Equitable Treatment Standard”, *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 22, No. 2, Oregon, 2015, Págs. 223-270.

hechos sociales, políticos y económicos, tanto locales como externos, que no están bajo control del Estado. Por ello, la juridicidad y practicidad real de estos acuerdos abren amplias discusiones, ya que en principio los extranjeros podrían imponer condiciones cuando no lo hacen ni en sus propios Estados. En el caso Mobil Exploration contra Argentina,¹²⁸ se analizó la vigencia de la cláusula de estabilidad dentro del principio de trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment standard- FET*) y se abordó la dificultad de que la misma pueda tener una duración indefinida.

En el caso Micula contra Rumania¹²⁹ se entendió que el Estado podía cambiar su legislación interna con ciertas limitaciones, a saber: a) Que las reformas no afecten las legítimas expectativas protegidas; b) Que la conducta del Estado sea sustancialmente adecuada, es decir, no arbitraria o discriminatoria; y, c) Que la conducta del Estado respete el debido proceso. En ese orden de ideas, todo cambio fuera los mencionados parámetros o límites generaría responsabilidad internacional al Estado.

Decir que a través de las cláusulas de estabilización se puede aislar un contrato u otro tipo de relación de cualquier eventual cambio provocado por la actividad constitucional, legislativa, administrativa o regulatoria posterior del Estado anfitrión, a fin de no afectar las legítimas expectativas de la contraparte, acarrea una contradicción que usualmente limita que el Estado ponga como ley aplicable sustantiva o adjetiva a sus propias normas y en su lugar, se haga más bien referencia a la *lex mercatoria* o a principios generales como los del UNIDROIT.¹³⁰

En el caso Lahoud contra el Congo,¹³¹ se estableció que la protección de las legítimas expectativas es un elemento central del trato justo y equitativo – FET, mientras que, en el laudo Levy de Levi contra Perú¹³² se partió de la hipótesis de la estabilidad del sistema legal del país, sin embargo, dicha estabilidad no significaba un congelamiento absoluto que imposibilite al Estado la reforma sus leyes y demás regulaciones vigentes en el

¹²⁸ Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/16.

¹²⁹ Ioan Micula and others vs. Romania I, ICSID Case No ARB/05/20.

¹³⁰ Juan C. Pulido R., “El ‘Soft Law’ En El Derecho Privado: Sostén a la Teoría de la ‘Nueva Lex Mercatoria’”, *Revista Misión Jurídica* / Vol. 11 - Núm. 14, Bogotá, Enero - Junio de 2018, Pág. 231.

¹³¹ Antoine Abou Lahoud, and Leila Bounafeh-Abou Lahoud vs. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/10/4.

¹³² Renée Rose Levy de Levi vs. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/10/17. Cabe anotar que en el caso hubo una opinión disidente, respecto a que todo posible cambio afecta a las legítimas expectativas (*legitimate expectations*).

momento en el que el inversionista realizó la inversión. La hipótesis cambia en el evento en el que el Estado expide decretos o leyes de fomento productivo o comercial mediante los cuales se compromete a congelar su sistema normativo y regulatorio.

En el mismo sentido, en el caso Metalpar contra Argentina¹³³ se expuso que no existen expectativas legítimas sobre la estabilidad de las condiciones económicas generales en respuesta a la validez o no de que el Estado pretenda cambiar su ordenamiento económico, financiero y fiscal. El análisis sobre el tema tiene muchos matices ya que la dogmática económica es muy amplia e incluso actos arbitrarios podrían en un momento justificarse como adecuados o “necesarios” en casos o hipótesis extremas.

Finalmente, en el caso Toto Costruzioni contra el Líbano¹³⁴ se comprendió que la frustración sobre las expectativas legítimas que afectan la garantía de estabilidad legal o comercial, junto al estándar de trato justo y equitativo y derechos adquiridos por la legislación nacional, deben protegerse en virtud de un tratado internacional. Lo dicho permite dos análisis: a) Un tratado internacional puede limitar o no *per se* que se realicen cambios normativos generales en un Estado; y, b) En el caso de existir un cambio constitucional, legal o administrativo, este carecería de importancia ya que, de conformidad con el derecho internacional, se aplicaría la teoría de derecho adquiridos.

En el caso Reinhard Unglaube contra Costa Rica¹³⁵ se manifestó que las expectativas unilaterales de una parte, incluso aquellas plenamente razonables, no satisfacen por sí mismas los requisitos del derecho internacional. Lo expresado, si bien determina ciertas luces direccionales, no establece doctrina ya que en materia de arbitraje no existe un *stare decisis* vinculante.

Por lo expuesto, es claro que la estabilidad no es absoluta y su otorgamiento representa grandes esfuerzos, los cuales además no son necesariamente útiles respecto a posibles demandas internacionales.

2.4. El Poder Constituyente frente a la estabilidad.

¹³³ Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5.

¹³⁴ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lebanese Republic, ICSID Case No. ARB/07/12.

¹³⁵ Reinhard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/09/20.

Por una parte, no es admisible pensar que un pueblo pueda ser mutilado de la facultad de optar por un proceso constituyente, en tanto que, por otro lado, tampoco es aceptable que se use el Poder Constituyente como forma de justificar jurídicamente un incumplimiento. En principio, el Poder Constituyente activa aspiraciones legítimas y justas de cambio en mejora colectiva.

La relación de los cambios sociales y políticos y la evolución normativa con la responsabilidad internacional del Estado es un aspecto complejo que, entre otras cosas, debe equilibrar los posibles efectos que se puedan dar por la creación, aminoración o exoneración de eventuales sanciones.

Luego de producirse un cambio normativo podrían ser predecibles conflictos, lo cual no es de extrañar ya que el propósito de todo proceso constituyente es establecer un nuevo orden político y jurídico, en un sentido de bien común.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano dio muestra de la fuerza del Poder Constituyente en la región,¹³⁶ sin embargo, su real naturaleza y alcances siguen siendo discutidos, más aún cuando es reiteradamente invocado como opción política; sin perjuicio de las aproximaciones teóricas que tiene la materia.¹³⁷

Particularmente en Ecuador, el cambio constitucional producido en el año 2008, que conceptualmente incorporó avances teóricos-jurídicos, dio pie a reclamos internacionales bajo el entendido de que contemplaba modificaciones a las “reglas de juego vigentes”, no obstante, en el caso *Ulysseas contra Ecuador*¹³⁸ se vislumbró que no habían expectativas legítimas con respecto a la estabilidad normativa de un sector energético regulado, por ejemplo.

Por lo tanto, de lo manifestado se desprende que la aplicación del principio del *pacta sunt servanda* y las cláusulas de estabilidad frente al poder soberano del Estado de cambiar su

¹³⁶ Carys Hughes, *Latin American Perspectives*, “The Transformative Potential of Constituent Power: A Revised Approach to the New Latin American Constitutionalism”, *Latin American Perspectives*, Volume 46, Issue 6, 1, London, 2019, Págs. 73-91.

¹³⁷ Sobre la naturaleza del Poder Constituyente, existen tres corrientes de pensamiento, a saber: para unos, el Poder Constituyente es transcendente respecto al sistema del poder constituido y su dinámica es impuesta al sistema desde fuera; a decir de otro grupo de juristas, ese poder es, por el contrario, inmanente, su presencia es íntima, su acción es la de un fundamento; y, por último, para un tercer grupo la fuente del Poder Constituyente no es ni transcendente ni inmanente, sino integrada, co-extensiva, sincrónica en relación al sistema constitucional positivo vigente.

¹³⁸ *Ulysseas, Inc. vs. Ecuador*, PCA Case No. 2009-19.

sistema e incluso realizar actos constituyentes, deja un espacio difuso al tema de la responsabilidad internacional del Estado.

Desde el punto de vista deontológico, el orden del poder constituido compete a la ciencia jurídica, en tanto que, desde el plano ontológico, el Poder Constituyente incumbe a la historia y a la sociología, y es el fundamento del poder constituido a través de un vínculo causal ineficaz, de manera que la autonomía del ordenamiento jurídico constituido aparece absoluta.

Para la tradición jurídica ecuatoriana no es entendible un constitucionalismo fuera del Estado o sin el Estado,¹³⁹ menos aún sería admisible hacer cambios sustanciales o estructurales únicamente para locales, dando un régimen de excepción para extranjeros.

El Poder Constituyente es totalmente correlativo a la existencia de constituciones escritas, como textos o conjuntos de textos dictados en ejercicio de un poder soberano y deviene en algo reciente dentro del amplio espectro de la historia del derecho¹⁴⁰ relacionado con la ilustración. Su asimilación es diferente en Estados como el ecuatoriano con 20 constituciones, que en U.S. donde ha existido un Poder Constituyente único.¹⁴¹ Sin lugar a dudas por ello los cambios constitucionales han traído en mayor o menor medida problemas por disputas internacionales a Ecuador y en general a toda América hispana.¹⁴²

Aunque la teoría remonta la noción del Poder Constituyente al *agreement of the people*,¹⁴³ en la práctica su implementación fue un recurso post revolucionario frente al quiebre político y jurídico que no avizoraba salidas legítimas, sino en base a una figura innovadora, dada la situación de no haber derecho preexistente aplicable ya sea por ser

¹³⁹ Julian Arato, “Constitutionality and Constitutionalism beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Clarivate, 2012, Págs. 627–659.

¹⁴⁰ Charles Borgeaud, “The Origin and Development of Written Constitutions”, *Political Science Quarterly*, Vol. 7, N. 4, Dec. Oxford, Cambridge University Press, Cambridge, 1892, Pág. 613.

¹⁴¹ Richard Kay, “Constituent Authority”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, Issue 3, Oxford, 2011, Págs. 715-761.

¹⁴² Destacan los actos legales y administrativos basados en principios soberanos y constitucionales, como las nacionalizaciones en México en el período del presidente Lázaro Cárdenas, sobre la base de la nueva Constitución o las decisiones de no pagar la deuda externa por parte de Venezuela y las amenazas de un bloqueo naval por parte de Italia, UK y Alemania que evidenciaron que cualquier cambio normativo local no exonera de responsabilidad o del advenimiento de disputas internacionales.

¹⁴³ Elliot Vernon, and Philip Baker, “What Was the First Agreement of The People?”, *The Historical Journal*, Vol. 53, No. 1, Cambridge, 2010, Págs. 39-59.

políticamente rechazado o ser proscrito. Es así como los hechos consumados desbordaron el marco jurídico aplicable al crear una nueva soberanía.

La pregunta acerca de ¿qué es el Poder Constituyente?, tiene una respuesta categórica en el ámbito latinoamericano, aunque no sea aceptada ni practicada por juristas anglosajones. El punto es que el último cambio constitucional de Ecuador produjo la denuncia al Sistema CIADI¹⁴⁴ y la declaratoria de inconstitucionalidad de todos los tratados internacionales ratificados por el país¹⁴⁵ que preveían el arbitraje como mecanismo de solución de disputas en materia de inversión. El choque entre el derecho de los Tratados (*pacta sunt servanda* del derecho internacional) y el Poder Constituyente será evidenciado y asimilado de una forma por países con tradición romanista y de otra en instancias vinculadas al *common law*.

De lo manifestado, se desprende que es latente la fricción entre el principio del *pacta sunt servanda* y el poder soberano local,¹⁴⁶ la cual, vista a la luz de las disputas internacionales genera importantes inquietudes y reflexiones de difícil asimilación,¹⁴⁷ tales como:

- a. El Poder Constituyente es originario,¹⁴⁸ en virtud de que encuentra fundamento por sí y ante sí,¹⁴⁹ no obstante, es innegable que algunos procesos constituyentes y la propia independencia de muchos Estados han surgido de la colaboración de potencias extranjeras, que luego han exigido el cobro de la deuda generada a través del sometimiento a jurisdicción extranjera. El financiamiento internacional de guerras,¹⁵⁰ si bien no está directamente vinculado al tema, tiene incidencias

¹⁴⁴ La denuncia a la Convención de Washington de 1968 fue seguida por Bolivia y Venezuela.

¹⁴⁵ Tema tratado en el Capítulo II de la presente Tesis.

¹⁴⁶ Los rasgos actuales del Poder Constituyente comenzaron a tomar forma con las ideas de Emmanuel-Joseph Sieyès (1748 - 1836). A su criterio, la nación no se fundamenta en el derecho positivo, sino en un derecho natural que le consagra permanentes derechos. Joseph Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Biblioteca Omegalfa, 2019, Pág. 62. Disponible en: <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/que-es-el-tercer-estado.pdf>

¹⁴⁷ Los hechos internacionales potencialmente quiebran con doctrinas fundamentales, aquello sin duda permite discusiones sin respuestas definitivas.

¹⁴⁸ Lo dicho puede ilustrarse con la literatura francesa que ha recogido expresiones como “*el pueblo tiene derecho a cambiar su constitución*”, o “*una generación no puede someter constitucionalmente a futuras generaciones*”.

¹⁴⁹ En el ámbito internacional resulta de interés el caso de la Unión Europea. Su derecho supranacional quitaría la característica de originario al Poder Constituyente. Sin embargo, estar dentro o fuera de la Unión representa un acto político más que jurídico. Al manifestarse la voluntad de permanencia rige el principio de primacía, el que implica que los valores de la Unión sean incluidos y respetados en cada Constitución.

¹⁵⁰ La relación entre la Guerra y el Derecho ha sido permanente. Barry S. Strauss, and Josiah Ober, *The Anatomy of Error: Ancient Military Disasters and Their Lessons for Modern Strategists*, St. Martin's Press, Nueva York, 1990, Pág. 90.

sobre aspectos constitucionales y de cumplimiento de obligaciones internacionales. Así, la intervención de potencias para influir, incluir reformas o evitarlas, son temas presentes.

- b. El Poder Constituyente es pre-jurídico, al no tener origen en un derecho preexistente. En el ámbito internacional es un hecho que debe existir un sistema jurídico mínimo y obligaciones precedentes en diversos contextos, desde el respeto a los derechos humanos, garantías de inversión, límites territoriales, pago de deuda externa, reconocimiento de los Estados, etc.
- c. El Poder Constituyente es ilimitado por su propio carácter pre-jurídico y de plenos poderes, a pesar de que la razón y la moral puedan establecer límites absolutos, heterónomos y autónomos.¹⁵¹ En este sentido, el *ius cogens* internacional debe ser uno de esos límites en asuntos vinculados con la libertad, la vida, la esclavitud y valores supremos puntuales. El derecho internacional, en principio, no tendría por qué intervenir en la forma específica de un Estado, sin embargo, el hecho de que la adopción de una forma de organización social o económica contraríe al sistema internacional, potencialmente generaría demandas por incumplimientos en asuntos relacionados con derechos humanos, asuntos comerciales, temas de inversión o por impagos de deuda externa, entre otros.

El caso de Ecuador es interesante, al pretenderse mutilar la esencia del Poder Constituyente. Fuera del entendimiento general del derecho constitucional se ha expresado, en el Caso No. 5-20-RC, lo siguiente: “16. Un órgano con ‘plenos poderes’ es incompatible con el principio republicano de la división de poderes y con una democracia constitucional, entendida como una forma de gobierno que impide la concentración de competencias y atribuciones en un único órgano. La concentración del poder en este sentido propicia el autoritarismo y la arbitrariedad. 17. Por lo dicho, la convocatoria a una asamblea constituyente de ‘plenos poderes’ para reformar la Constitución no está prevista en el mecanismo de modificación constitucional regulado por el artículo 444 de Constitución.”¹⁵²

¹⁵¹ Estos límites tienen importancia mayúscula en la posibilidad o propósito de alcanzar un reconocimiento internacional de la nueva entidad jurídica creada a través del proceso constituyente.

¹⁵² Corte Constitucional, Dictamen No. 5-20-RC/21 de 23 de junio de 2021, Caso No. 5-20-RC. Disponible en: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhenBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCBldWlkOicwMDJjNWUwNS0zMmNiLTQ3MGEtYmNmMC0wYmMxODg0ZDZjNmYucGRmJ30

- d. El Poder Constituyente es fundacional, en la medida que crea una nueva soberanía, cuyo poder invalida el orden previamente existente.¹⁵³ Esto lleva a un análisis en derecho internacional público sobre la sucesión de Estados¹⁵⁴ y a la formulación de la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto el cambio de denominación de un Estado lo desvincula o exonera de los compromisos internacionales previamente adquiridos?. Bajo la regla “el que puede lo más, puede lo menos”, es evidente el contenido y alcance real de esta facultad.

Efectivamente, el Poder Constituyente es un poder incondicionado internamente, pero no externamente y, por lo tanto, puede provocar consecuencias que se traducen en responsabilidad internacional del Estado y la coerción internacional como respuesta a la adopción de reglas abiertamente regresivas, arbitrarias o que ponen en riesgo la paz internacional.

Consecuentemente, el Poder Constituyente no es propiamente un poder supremo que blindo frente al exterior, puesto que en la práctica general existen reacciones y sanciones internacionales al amparo de la aplicación de estándares como:

- Trato justo y equitativo,
- Trato nacional,
- Plena protección,
- Expropiación regulatoria,
- Denegación de justicia, y,
- Discriminación y retaliación, etc.¹⁵⁵

¹⁵³ Esto implica desconocer un *stato quo* internacional que podría provocar reclamos por expropiaciones o violaciones de otros derechos. Entre los ejemplos relevantes podrían citarse los procesos revolucionarios que buscan cambios productivos y económicos en base a reformas constitucionales.

¹⁵⁴ Bajo el derecho internacional los Estados se crean por escisión al separarse o independizarse de otro. El Estado recientemente creado debe iniciar un proceso constituyente para ordenarse jurídicamente. Al momento actual no existen territorios fuera de un poder soberano, lo que implica que todos ellos están bajo el escrutinio de un reconocimiento de la comunidad internacional. “This is also a corollary of the doctrine of sovereignty: one cannot claim political independence and seek recognition from other states without at least implicitly consenting to the major rules of the system. To claim superior rights – or to avoid certain common duties – is to deny sovereignty.” Kalevi Holsti, “International law”. In *Taming the Sovereigns: Institutional Change in International Politics*, Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, 2004, Pág. 144.

¹⁵⁵ Dichos estándares internacionales son abordados en extenso en la Parte Segunda del presente trabajo, donde son vinculados con el derecho aplicable y la casuística existente.

Luego de un proceso constituyente, principalmente de carácter revolucionario, más allá de las justas y legítimas razones que lo motivaron, la historia ha mostrado que el Estado podría sufrir aislamiento o falta de reconocimiento. Con este antecedente, surge la pregunta de si ¿un Estado sin reconocimiento internacional podría ser internacionalmente responsable por violaciones que le sean atribuibles?.

La respuesta estaría dada en la misma dimensión sobre la sanción a grupos beligerantes.¹⁵⁶ Es decir, debe haber necesariamente algún tipo de reconocimiento. Lo dicho sin perjuicio de la subjetividad jurídica existente en torno a la posibilidad de que un individuo pueda contraer o responder por responsabilidad internacional¹⁵⁷ y demandar directamente a un Estado.

Las reducidas hipótesis al respecto giran alrededor de actos *delicta iuris Gentium*, los cuales se pueden clasificar en “*delitos internacionales*” y “*crímenes internacionales*” (violación de una norma del *ius cogens*). El ejercicio del poder jurisdiccional es una dificultad con la que se enfrenta el derecho internacional penal general, dada la inexistencia de la constitución de un Tribunal Internacional permanente. El derecho internacional penal general delega la persecución y juzgamiento de los crímenes internacionales en la jurisdicción estatal.¹⁵⁸ A todo esto, cabe anotar que los cambios constitucionales y los procesos constituyentes no tienen incidencia sobre los supuestos de *delicta iuris Gentium*, salvo que las nuevas reglas sean afines a crímenes internacionales como, por ejemplo, el tráfico de personas, tráfico de drogas, tráfico de órganos, etc.

El poder de reformar el orden jurídico interno en extremo podría representar una total invención de contenidos,¹⁵⁹ y en un sentido estrictamente jurídico esa afirmación traería una serie de dudas. El tema parece tener respuestas en la ciencia política más que en el derecho, el cual está limitado por el *ius cogens*. La expresión “*no hay nada nuevo bajo el*

¹⁵⁶ Sobre el tema ver: Amnistía Internacional, Conflictos Armados, 2020. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/armed-conflict/>

¹⁵⁷ Tal es el caso, por ejemplo, de la piratería marítima, donde personas naturales son responsables internacionalmente por sus actos. Sobre el tema ver: United Nations, Piracy Under International Law, 2012. Disponible en: <https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy.htm>

¹⁵⁸ José Dobovšek, “Breves Consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus Relaciones con los Sistemas Penales Particulares”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional: AADI Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario AADI XV, Buenos Aires, 2007, Pág. 45. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21637.pdf>

¹⁵⁹ Antonio Negri, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, SENESCYT, primera edición, traducción por Carlos Prieto del Campo y David Gámez Hernández, Madrid, 2015, Pág. 11.

sol”¹⁶⁰ considera que la invención es limitada y los descubrimientos no son otra cosa que conocer el funcionamiento de una realidad previamente existente. Aquello es diametralmente opuesto al relativismo social meta-ético, que lleva incluso a nociones de darwinismo social.¹⁶¹

En Ecuador, la C.E. de 2008¹⁶² estableció la forma y mecanismos para su reforma, además, anticipó la posibilidad de instaurar una Asamblea Constituyente para definir un nuevo régimen. Dicha Asamblea Constituyente sólo podría ser convocada a través de consulta popular, solicitada por el Presidente de la República, las dos terceras partes de la AN, o el 8% del registro electoral.

La referida posibilidad de cambiar la Constitución no incluye temas de *ius cogens* internacional ni compromisos internacionales o supranacionales existentes derivados del *pacta sunt servanda*. Si bien en principio son poderes absolutamente amplios, incontrolados, ilimitados y fundacionales que buscan crear un nuevo orden social, político y jurídico, incluso frente a modificaciones en la denominación del Estado, sus elementos constitutivos de población, territorio y poder siguen siendo los mismos, aun cuando tenga otra inspiración ideológica, razón por la cual no cuadra, en un contexto lógico, aplicar el derecho internacional en la persecución de Estados.¹⁶³ Un caso distinto es cuando las fuerzas armadas insurgentes toman el poder sobre un territorio, en cuyo evento se aplicarían normas referidas al uso internacional de la fuerza.

En Ecuador, los cambios normativos de diversos niveles le han traído disputas internacionales en su contra, en las cuales las defensas sobre la facultad Estatal o Poder Constituyente no han sido debidamente valoradas, lo que ha provocado que gobernantes, jueces y legisladores puedan potencialmente incurrir en responsabilidad internacional por aplicar la normativa local vigente.

¹⁶⁰ Conocida históricamente como “*nihil novum sub solem*”, frase atribuida a Salomón, constante en Proverbios.

¹⁶¹ Al respecto, destaca la teoría de William Graham Sumner (1840 - 1910), uno de los principales creadores de la sociología moderna.

¹⁶² C.E, Arts. 441, 442 y 443.

¹⁶³ Sobre el tema ver: Shabtai Rosenne, “Succession of States and the Codification of The Law of Treaties”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 21(2), Madrid, 1968. Págs. 416-429.

Resulta interesante considerar que, el futuro del derecho económico internacional abrirá nuevas limitaciones al derecho público local, en aras de la consolidación de la noción de la denominada nueva “justicia global.”¹⁶⁴

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SEGÚN LA NORMATIVA LOCAL.

El marco jurídico interno no tiene incidencia únicamente respecto de disputas llevadas en jurisdicción local, sino también en reclamaciones internacionales. En tal sentido, extranjeros o empresas internacionales podrían alegarlo en foros internacionales.

La legalidad con la que actúa un funcionario público es el parámetro objetivo básico para determinar la legitimidad de sus acciones y, por otro lado, el sostén en de su defensa.

Conocer sobre las disposiciones constitucionales y, en general, la normativa legal vigente en sus diversas ramas que abordan el tema de la responsabilidad internacional del Estado constituye tanto una necesidad para delimitar el objeto de la investigación e identificar el problema planteado, como un antecedente para una adecuada fundamentación teórica y metodología. A esto se suma que elementos de obligaciones constitucionales pueden ser alegados o incluso resueltos en disputas internacionales.

A diferencia de otro tipo de investigación, analizar y sistematizar las normas vigentes no establece una línea base ni un estado del arte, menos aun cuando la responsabilidad internacional del Estado es determinada por tribunales o instancias internacionales. El dilema entre el derecho positivo y el derecho natural se hace más evidente cuando nos indagamos ¿qué sucedería si no existiese una norma local específica? ¿el Estado dejaría de ser responsable?. Al efecto, ante crímenes atroces y actuaciones abiertamente abusivas, el Estado podría librarse de juzgamientos y condenas, pero seguiría siendo responsable a la luz de la moral y la justicia.

Aunque de cara a la violación de principios y estándares internacionales lo que prevea o deje de determinar una norma local no es mayormente relevante, ya que la sanción que se imponga será con fundamento en el derecho internacional, en caso de responsabilidades por la violación de normativa local, también puede abrirse la puerta a

¹⁶⁴ Frank J. Garcia, “Global Justice and the Bretton Woods Institutions”, *The Future of International Economic Law*, Edited by William J. Davey, and John Jackson, Oxford University Press, Incorporated, Oxford, 2008, Pág. 27.

condenas internacionales, ya que estas normas se entienden parte de las garantías internacionales como la “plena protección”.

La posibilidad de fijar responsabilidades al Estado representó un avance, en consideración de que, en gran medida, históricamente el poder público ha sido ilimitado e inimputable por su acción u omisión. En sus inicios, el gobernante encarnaba la misma existencia y fin del Estado, por lo que no podía ser juzgado por sus decisiones.

La idea de soberanía coadyuvó en el mantenimiento del principio de la irresponsabilidad del Estado, aplacada de cierta forma posteriormente por la teoría del Fisco, hasta llegar a reconocer la responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público recién en el siglo XIX.

El tema naturalista no ha sido ajeno a cuestiones de Estado, así se anota “la influencia de las concepciones cristianas que proclamaron la necesidad de que los gobernantes rigieran los destinos de una comunidad respetando las leyes de Dios y dando a cada uno lo suyo (San Agustín) lo cierto es que, de otra parte, ese período de la historia también fue tributario de las ideas políticas de los griegos, para quienes la ciudad era la entidad suprema, con una soberanía sin restricciones.”¹⁶⁵

Cabe mencionar que, en la República del Ecuador no existe una ley orgánica ni ordinaria que trate específicamente el tema de la responsabilidad del Estado, lo que quiere decir que, por ejemplo, a diferencia de la República Argentina que tiene un ordenamiento sistemático,¹⁶⁶ la regulación de Ecuador se encuentra totalmente dispersa. A ello se agrega que se aplican nociones de derecho civil y que el nuevo marco constitucional de 2008 debe compatibilizar todo el sistema de derecho público expedido con anterioridad.

Adicionalmente, en Ecuador no existe una distinción clara entre responsabilidad por actos ilícitos y actos ilegítimos de la administración pública, debiendo aquello colegirse del análisis y aplicación de diversas leyes en relación con un caso en particular o hipótesis planteada.¹⁶⁷ La diferenciación entre actos ilegítimos y actos ilícitos de la administración pública tiene una importancia mayúscula.

¹⁶⁵ Juan C. Cassagne, *Derecho administrativo*, Tomo I, Editorial Lexis Nexis, 8.ª Ed. Buenos Aires, 2008, Pág. 479.

¹⁶⁶ Ley 26.944, Responsabilidad Estatal, Argentina 2014.

¹⁶⁷ La referida ley argentina 26.944 en su Art. 3 establece los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima. Aquello se concreta en: a) Daño cierto debidamente acreditado y medible en dinero; b) Imputabilidad material a órgano estatal; c) Relación de causalidad; y, d) Falta de

Destaca el tema de la responsabilidad internacional del Estado por actos no prohibidos - *sine delicto*- por el derecho internacional (ilícito internacional), es decir, por la producción de un daño con relación a normativa y obligaciones locales. El análisis de la responsabilidad por riesgo objetivo, causal o sin culpa, podría ser valorado por tribunales internacionales aplicando leyes locales, como las derivadas de actos de expropiación.

En este sentido, la responsabilidad *sine delicto* es la que se genera en casos en los que se causa un daño sin violación de obligación, a diferencia de la que se basa en el hecho ilícito de un Estado. En el derecho local de países con tradición jurídica romana, la casuística está dada casi en su totalidad por la llamada responsabilidad por riesgo a causa de una cierta actividad peligrosa, mientras que, en la tradición jurídica anglosajona, la responsabilidad *sine delicto* es parte de la llamada *strict liability*, una responsabilidad sin culpa que admite escasas excepciones.¹⁶⁸

3.1. Posible aplicación de la ley local.

A diferencia de las relaciones netamente privadas en donde el sistema de conflictos de leyes determina la ley aplicable, en cuestiones de concesiones, otorgamiento o revocatoria de licencias, terminación de contratos públicos, etc., la ley aplicable es la local. Lo dicho, teniendo en cuenta la posibilidad de diversos matices.

Aunque parecería que la legislación local no tiene incidencia directa sobre la responsabilidad internacional del Estado, es importante anotar lo siguiente:

- A. Un tribunal internacional puede aplicar el derecho sustantivo nacional o local extranjero para determinar responsabilidad y sanciones. Este es un tema particularmente interesante dentro del DIPr.
- B. El contenido de una norma o acto administrativo puede generar responsabilidad internacional del Estado bajo estándares tales como: el trato justo y equitativo, la plena protección, etc.

servicio. Por su parte, el Art. 4 contempla los requisitos de la responsabilidad por actividad legítima, esto es: a) Daño cierto y actual; b) Imputabilidad material; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; y, e) Sacrificio especial.

¹⁶⁸ Julio Barboza, *La Responsabilidad Internacional*, Organización de Estados Americanos OEA, Curso de Derecho Internacional, Río de Janeiro, 2006, Págs. 8-9. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf

- C. La exigencia de agotar las vías internas, prevista para litigios que versan sobre derechos humanos, no es necesaria en disputas de inversión bajo el principio *fork in the road*,¹⁶⁹ que establece el requisito de conocer la legislación local sobre responsabilidad del Estado.
- D. Queda a elección del afectado demandar localmente al Estado sobre reglas y obligaciones específicas o acudir a instancias internacionales. La decisión para aquello, entre otros factores, se fundamentará en el costo y dificultad de acceder al litigio internacional.
- E. Pese a que el Estado podría incurrir en responsabilidad sobre la base de normas locales y/o internacionales, es posible también la hipótesis de que existan reclamos ante el estado de indefensión que ha propiciado el poder público, o ante la falta de capacidad del afectado.

Cabe destacar que el cumplimiento de la normativa local por parte de los servidores públicos no se considera eximente respecto de la existencia o determinación de responsabilidad internacional del Estado, así como tampoco es admisible aducir o invocar normativa local para incumplir con compromisos internacionales legítimos.¹⁷⁰

Teóricamente, ante la existencia de posibles antinomias jurídicas, el cumplimiento de la normativa local (en cierta materia) por parte de los servidores públicos puede afectar derechos también resguardados por el orden interno.

3.2. La responsabilidad constitucional.

Materialmente la Constitución no se subordina a otra norma, sea esta local o internacional, menos aún podría ser modificada o limitada por dictados externos. Bajo otra perspectiva, el principio del *pacta sunt servanda* del derecho internacional prevalece sobre cualquier

¹⁶⁹ En disputas internacionales de inversión no es necesario agotar las vías locales para acceder a un foro internacional, sin embargo, debe anotarse que queda a elección del demandante hacer su reclamo a instancias internacionales o bajo el amparo del derecho local. En caso de optar por una reclamación local, aquello implica una renuncia a acudir a tribunales internacionales. Las cláusulas de bifurcación dan opción al inversionista de elegir entre un litigio local en el foro del Estado anfitrión o acudir directamente a arbitraje internacional.

¹⁷⁰ Así consta en el Art. 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1968, que establece el principio *pacta sunt servanda*, como rector de las relaciones jurídicas internacionales.

derecho interno, incluido el constitucional, lo cual conlleva a un conflicto conceptual evidente.

En litigios internacionales¹⁷¹ el tema adquiere dimensiones que rebasan el entendimiento y al propósito inicial de las normas constitucionales. En el caso de los derechos humanos, un ciudadano local podría demandar al Estado por violación de las garantías mínimas, sin embargo, en temas de inversión, una empresa extranjera podría demandar al Estado por que el otorgamiento de derechos sociales, o cambio de reglas, aun favorables a las grandes mayorías como en temas de salud, trabajo, infraestructura, etc., pueden llegar a afectar sus legítimas expectativas de lucro.

La responsabilidad constitucional puede ser útil para allanar una demanda internacional por denegación de justicia, donde deberán agotarse previamente las vías locales de reclamo o, por el contrario, ir directamente a foros jurisdiccionales o arbitrales extranjeros bajo el propósito de alegar como ley aplicable, sustantiva o de fondo, las normas ecuatorianas, incluyendo aquellas que garantizan los derechos presuntamente violentados.

Históricamente, las legislaciones de tradición positivista y escrita consideran un logro el consagrar derechos y obligaciones en normas jurídicas, principalmente en la Constitución, a diferencia de las tradiciones constitucionales como la inglesa, no escrita, o la de U.S., las cuales se fundamentan en el desarrollo de principios y valores supremos más que en normas específicas, detalladas, exhaustivas y taxativas. El entendimiento anglosajón considera que los derechos son dados por el creador y que el Estado no debe arrebatárselos.

Un Estado social de derecho, en inicio, tiene normas fundamentadas en la ética y el bien común y sus postulados son un ofrecimiento general a todos los ciudadanos, dados en garantía del bien común. La idea de que una Constitución establezca principios sobre responsabilidad del Estado es saludable y positivo, más allá del supuesto de que eliminar normas sobre el tema no eximiría de dicha responsabilidad internacional. Al respecto, es

¹⁷¹ El derecho internacional es una institución fundamental e indispensable en el funcionamiento del sistema internacional, valga la cacofonía o redundancia. El derecho internacional estructura, funcionalmente, a la organización internacional. Esta relación no está libre del influjo del derecho local, ya que es sobre la base del poder soberano local que los Estados tienen, entre otras tantas características, independencia y autodeterminación. Si bien la soberanía y el Poder Constituyente se entienden ilimitados e incondicionados, es innegable que el derecho internacional limita a los gobiernos y otros actores o sujetos de derecho internacional, a un conjunto de estándares comunes de conducta y procedimientos supranacionales.

claro que no todos quienes hayan sido vulnerados en sus derechos pueden acceder a disputas internacionales, sino únicamente aquellos que puedan valerse de instrumentos aplicables a su caso y que además cuenten con recursos suficientes para afrontar su defensa.¹⁷²

Luego, la existencia de normas locales sobre responsabilidad permite lograr soluciones más eficientes y menos onerosas al evitar llegar a instancias internacionales, pero a la vez sirve de fundamento para la determinación de obligaciones exigibles al Estado, hecho importante en la fijación o cuantificación de daños.

El más alto deber de todo Estado consiste en “*respetar y hacer respetar*” los derechos garantizados en la Constitución¹⁷³ y, en caso de daños producidos contra las personas, corresponde al Estado ejercer el derecho de repetición,¹⁷⁴ “*sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas*”.¹⁷⁵ Pese a la larga y profusa evolución doctrinaria de la responsabilidad del Estado,¹⁷⁶ la C.E. contempla que la responsabilidad es: civil, penal y administrativa, sin que se mencione la responsabilidad derivada de demandas internacionales (derecho consuetudinario o convencional), la cual por su cuantía tiene consecuencias mayores en importancia.

Como se observa, la C.E.¹⁷⁷ utiliza la expresión “*personas*”¹⁷⁸ para referirse a la responsabilidad administrativa, civil y penal por la deficiente prestación de servicios públicos, sin hacer mención de la responsabilidad del Estado como tal, a quien le corresponde prestar el servicio, autorizar su ejercicio o supervisarlo, es decir, inadecuadamente se confunde el tema con aspectos de responsabilidad por el ejercicio de la función.

En relación a la responsabilidad internacional del Estado por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión

¹⁷² Sobre la onerosidad del arbitraje comercial internacional ver: Yves Dezalay, and Bryant Garth, “Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes”, *Law & Society Review*, Vol. 29, No. 1, Massachusetts, 2006, Págs. 27-64.

¹⁷³ C.E., Art. 11.9.

¹⁷⁴ Tema tratado en el presente Capítulo.

¹⁷⁵ C.E., Art. 11.9.

¹⁷⁶ Tema recurrente en el problema de la tesis.

¹⁷⁷ *Ibidem*, Art. 54.

¹⁷⁸ Internacionalmente pueden ser demandados el Estado o personas en particular. Este último caso tiene más prevalencia en temas criminales o de derechos humanos.

a un Estado, al tener una tipificación supranacional y ser imprescriptibles,¹⁷⁹ pueden ser perseguidos por la CPI.¹⁸⁰

Internamente, los crímenes referidos no pueden ser objeto de amnistía ni cabe alegar el cumplimiento de órdenes superiores como eximente de responsabilidad,¹⁸¹ además, la acción para perseguirlos no prescribe. La C.E. no hace mención de si los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión de un Estado deben suceder o no en territorio local, pues en principio dichos delitos tienen elementos de extranjería importantes y no se ajustan a plenitud al principio de territorialidad penal.

La responsabilidad política por la implementación de sistemas sociales y económicos fracasados o ensayos impuestos desde el exterior se traduce en un deterioro del Estado de derecho que redundaría en una afectación efectiva de los derechos de las personas que, aunque es un tema que desborda la presente investigación, es necesario referirlo.

La C.E. menciona la responsabilidad política de los legisladores, a quienes les corresponde rendir cuentas a sus mandantes,¹⁸² sin perjuicio de sanciones en caso de una inadecuada o indebida rendición de cuentas. No obstante, al no haber consecuencias determinadas, ni un nexo causal en conductas antijurídicas y culpables, el no rendir cuentas a los mandantes incluso podría llegar a la frontera de la propaganda, ya que políticamente todo puede ser justificable, sin embargo, en derecho aquello no es admisible.

El enjuiciamiento criminal a los legisladores se encuentra limitado pues, previo al inicio de una causa penal en su contra, se requiere autorización del propio poder legislativo.¹⁸³

La responsabilidad política se diluye ante la regla necesaria de la inmunidad parlamentaria, por lo tanto, encontrar un equilibrio no es fácil, principalmente en sociedades donde existen confrontaciones internas. A diferencia de los legisladores, los integrantes del poder ejecutivo son responsables política, civil y penalmente por sus actos

¹⁷⁹ C.E., Art. 80.

¹⁸⁰ Tema tratado la Parte Tercera de la Tesis.

¹⁸¹ Ibidem, Art. 80.

¹⁸² Ibidem, Art. 127.

¹⁸³ Ibidem, Art. 128.

u omisiones en el ejercicio de sus funciones, con independencia de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.¹⁸⁴

En cuestiones de derechos humanos, las mayores condenas a los Estados¹⁸⁵ generalmente han estado relacionadas con el accionar de las fuerzas armadas y de la policía. Sobre el tema, las constituciones por lo común establecen el principio de obediencia al poder civil determinando responsabilidades a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional bajo el principio de que son obedientes y no deliberantes, en tal virtud, los mandos superiores son responsables por las órdenes que imparten y la debida obediencia de los subordinados no les exime de responsabilidad.¹⁸⁶

Existe una dificultad particular cuando nos referimos a las responsabilidades del Estado generadas en situaciones de emergencia o conmoción social, en el contexto de la emisión de una declaratoria de estado de excepción y suspensión de derechos. La C.E. de 2008 establece un control de constitucionalidad previo de toda declaratoria de estado de excepción y suspensión de derechos. Operativamente, la Función Ejecutiva debe notificar la declaratoria de estado de excepción a la AN, a la CrCE y a los “*organismos internacionales*” pertinentes dentro de las 48 horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. El legislativo puede revocar la declaratoria, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad emita la CrCE.

Los servidores públicos son responsables del ejercicio de sus facultades durante el estado de excepción.¹⁸⁷ En caso de grave conmoción cabe la restricción de derechos individuales para precautelar la seguridad general e incluso la existencia misma del Estado. La casuística sobre el tema, sin duda, es generadora de debates que llevan a caracterizar mínimamente o tipificar infracciones, y a no utilizar frases imprecisas como “*abuso*”, que pueden ser interpretadas de forma restrictiva o extensiva.

La independencia judicial es una de las garantías básicas de todo Estado de derecho. Tener a los mejores profesionales en el servicio público es una permanente utopía ya que la posibilidad de que la independencia y probidad sean vulnerados es algo latente. En tal sentido, la C.E. de 2008 establece que: “Toda violación a su independencia interna y

¹⁸⁴ C.E., Art. 151.

¹⁸⁵ Ecuador no ha sido un violador sistemático de derechos humanos y sus condenas más importantes y cuantiosas han ido más en materia de inversión.

¹⁸⁶ Ibidem, Art. 159.

¹⁸⁷ Ibidem, Art. 166.

externa acarrea responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.”¹⁸⁸ La norma constitucional no es clara sobre quiénes son responsables de forma administrativa, civil y/o penal, si únicamente los jueces o también los representantes de los otros poderes del Estado que abusen de su posición para influir en la administración de justicia.

El tema del retardo o denegación de justicia tiene particular importancia en demandas internacionales,¹⁸⁹ donde existen precedentes importantes. La C.E. de 2008 establece que el juez debe someterse a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley, además de actuar con diligencia, siendo responsable por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento del derecho aplicable.¹⁹⁰ En consecuencia, todo juez debe aplicar adecuadamente los instrumentos internacionales vigentes, principalmente los de derechos humanos.

Adicionalmente, la C.E. previó la creación de un llamado quinto poder, integrado, entre otros, por el CPCCS. Por principio, en una democracia los dignatarios son representantes de los electores y de la sociedad en general, pese a ello, la idea de una participación directa fue activada y se le entregó al CPCCS la competencia de emitir informes que determinarían la existencia de indicios de responsabilidad de funcionarios públicos,¹⁹¹ siendo que las atribuciones expuestas se sobreponen a las otorgadas a la CGE, lo cual resulta interesante en el ámbito conceptual, ya que una de estas entidades puede determinar responsabilidades y la otra no, así, un posible choque de competencias no ha sido previsto por la C.E.

En efecto, a la CGE le corresponde dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades públicas y en ese sentido, tiene facultad para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.¹⁹² La regla general establece que ningún servidor público está exento de responsabilidades por sus actos u omisiones, ya sea de forma directa o por delegación.¹⁹³

¹⁸⁸ C.E., Art. 168.

¹⁸⁹ Tema analizado en extenso en los siguientes capítulos.

¹⁹⁰ Ibidem, Art. 172.

¹⁹¹ Ibidem, Art. 208.5.

¹⁹² Ibidem, Art. 212.

¹⁹³ Ibidem, Art. 233.

Los temas de endeudamiento público, tan relevantes en litigios internacionales o en sede extranjera, son imprescriptibles en lo atinente a las acciones por responsabilidad administrativa o civil de funcionarios acusados de su adquisición o indebido manejo.¹⁹⁴

Así mismo, el Estado al ser responsable de la provisión de los servicios públicos, tales como: agua, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, educación,¹⁹⁵ salud,¹⁹⁶ seguridad social,¹⁹⁷ además de consolidar una sociedad de conocimiento,¹⁹⁸ junto a una serie de obligaciones correlativas, también es responsable por sus fallos o tarifas,¹⁹⁹ lo cual vislumbra la posibilidad real de que el Ejecutivo pueda ser demandado en foros civiles, administrativos e incluso penales.

Finalmente, otro de los puntos de relevancia internacional,²⁰⁰ en donde la casuística de Ecuador ha destacado, es el referido a la responsabilidad por los daños ambientales,²⁰¹ de carácter objetivo.²⁰²

En general, por evidentes razones, ninguna norma constitucional analiza o prevé la hipótesis de responsabilidad por cumplimiento de normativa vigente legalmente exigible.

3.3. La responsabilidad civil y administrativa.

El cumplimiento de la normativa pública no necesariamente exime al mismo tiempo de responsabilidad civil y administrativa a un funcionario o autoridad que actúa a nombre del Estado. Esta dualidad se complica más cuando es valorada a la luz de estándares internacionales.

La relación entre el derecho local y el derecho internacional, en muchos casos, no es obvia. Un funcionario público difícilmente conoce la normativa local, menos aún tiene un esquema de precedentes de sanciones internacionales al Estado. En el común de los

¹⁹⁴ C.E., Art. 290.

¹⁹⁵ Ibidem, Art. 347.

¹⁹⁶ Ibidem, Art. 363.

¹⁹⁷ Ibidem, Art. 370.

¹⁹⁸ Ibidem, Art. 387.

¹⁹⁹ Ibidem, Art. 314.

²⁰⁰ Tema tratado en la Parte Segunda, Capítulo III de la presente tesis.

²⁰¹ Ibidem, Art. 397.

²⁰² Ibidem, Art. 396.

casos su accionar se limita a obedecer órdenes, las cuales *prima facie* se arrojan bajo el manto de presunción de legalidad y legitimidad propia del derecho público.

Se ha escrito y teorizado extensamente sobre las llamadas responsabilidades objetiva y subjetiva del Estado. Las teorías de responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado se encuentran presentes tanto en temas civiles como administrativos,²⁰³ considerando que el ámbito reparatorio ha sido primigeniamente de carácter civil.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, ésta se identifica con la teoría de riesgo, la cual se fundamenta en el deber de conducta existente, y tiene por objeto la reparación y restitución del equilibrio perdido. Por su parte, la teoría de la responsabilidad subjetiva añade al análisis elementos de culpa y dolo del infractor. Ambas teorías pueden aplicarse tanto a acciones u omisiones de agentes o representantes públicos. La teoría subjetiva limita reparaciones, sin embargo, precautela en mejor forma garantías del debido proceso en la sanción.

La relación entre el derecho civil y el administrativo, históricamente hablando, ha estado entrelazada en temas de contratación pública y, en actos y contratos que realiza el Estado en el extranjero o fuera de sus facultades *ius imperii*. Lo mencionado, sin perjuicio de que dicha relación tiene relevancia particular en asuntos extracontractuales, bajo la teoría de daños.²⁰⁴ En este sentido, dos vínculos principales acercan a la noción civil y administrativa en materia de responsabilidad y son:

- A. **Responsabilidad patrimonial.**- Es exigible directamente por personas naturales²⁰⁵ o empresas extranjeras a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios en función del posible perjuicio ocurrido. Las indemnizaciones por daños y perjuicios corresponden a las autoridades y personal subordinado.²⁰⁶

²⁰³ En Ecuador, la responsabilidad civil del Estado y sus funcionarios ha hecho referencia a la obligación de una reparación o restitución económica. Por otro lado, la responsabilidad administrativa hace mención al derecho sancionatorio que implica imposición de amonestaciones, multas o destitución del funcionario público. Cuando la sanción es la destitución existe la posibilidad o no de que el sancionado sea impedido permanentemente o por un lapso de tiempo, de ejercer cargos públicos.

La sanción administrativa - disciplinaria se encuentra en: Ley Orgánica del Servicio Público.

²⁰⁴ En controversias internacionales no prevalece la teoría de daños de inspiración local sino, por el contrario, elementos del “*tort*” anglosajón.

²⁰⁵ En defensa del patrimonio nacional y del interés público debe intervenir la PGE, en función de sus atribuciones constitucionales y legales.

²⁰⁶ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2009.

B. **Daño.**- Teóricamente debe ser real y determinado, y afectar a una persona o grupo específico de personas. Los daños o cargas ilegítimas deben ser indemnizados. Ante la oposición de afrontar el daño y agotada la vía administrativa el afectado puede acudir ante un juez para que los funcionarios de diversa jerarquía que hubieren incurrido en dolo o culpa respondan al Estado por el daño causado.²⁰⁷

La responsabilidad civil y/o administrativa del Estado no es un tema desvinculado de las disputas internacionales, si consideramos que puede ser el antecedente para demandas fuera del Estado e incluso un tema sustantivo de discusión y resolución. La noción de infracción administrativa permite la condena a personas naturales y/o jurídicas que resulten responsables de la misma.

Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.²⁰⁸ En Ecuador, la responsabilidad del Estado por falla del servicio (*faute de service*), incluye a personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo. La regla establece tanto responsabilidad civil como penal por la calidad defectuosa del producto o servicio. La falla de servicio se extiende, además, a temas de responsabilidad profesional.²⁰⁹

En la práctica, la responsabilidad civil y/o administrativa del Estado puede vincularse o no a demandas internacionales bajo la égida de dos teorías:

- A. **Bifurcación.**- Caso en el cual el demandante extranjero elige el foro, ya sea local o internacional. La noción de bifurcación o *fork in the road* puede limitarse por mandato de instrumentos internacionales, como los tratados de comercio o inversión.
- B. **Agotamiento de instancias locales.**- En temas de derechos humano usualmente se exige el agotamiento de instancias y recursos²¹⁰ (*exhaustion of local remedies*) mientras que, en temas comerciales existe la posibilidad de ir directamente a

²⁰⁷ ERJAFE, Arts. 210, 211 y 213.

²⁰⁸ Ibidem, Art. 195.

²⁰⁹ Ibidem, Art. 54.

²¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, UNTS, 123, 1978, Art. 62.

instancias internacionales en búsqueda de determinación de responsabilidad internacional del Estado.

3.4. Responsabilidad penal y consecuencias transfronterizas.

En materia penal, es más restringida la hipótesis de que un funcionario público sea sancionado internacionalmente por cumplir la ley local, sin embargo, aquellas probabilidades están presentes. Casos complejos están en torno a la noción de mal menor o *minima de malis*, en la cual se pretende salvaguardar un bien general o superior. En asuntos militares o policiales la primera defensa suele ser la observancia de una norma o de una orden legítima de cumplimiento obligatorio.

En cuestiones de ley aplicable, la materia penal o criminal ha estado subordinada al principio de territorialidad y orden público, lo que quiere decir que no ha sido objeto del derecho internacional público ni privado,²¹¹ pese a que ciertos delitos puedan tener elementos de extranjería y connotaciones transfronterizas. Aquello sin perjuicio de crímenes atroces que han motivado la categorización de crímenes contra la humanidad, que a su vez propiciaron la creación de tribunales especiales y de la actual CIP.²¹²

En la responsabilidad del Estado por materias de índole penal, a más de las violaciones a derechos humanos y los mencionados crímenes internacionales o contra la humanidad, destacan los actos de corrupción. Recordemos que la expresión corrupción es genérica y hace referencia a temas morales y éticos, no obstante, para efectos legales, únicamente el acto antijurídico, típico y culpable puede ser sancionado.²¹³

Se ha identificado a la corrupción con los denominados delitos contra la eficiencia de la administración pública, así tenemos al peculado, al cohecho, la concusión, el enriquecimiento ilícito²¹⁴, el tráfico de influencias, el testaferrismo, el abuso de facultades

²¹¹ En el mundo anglosajón no existe el derecho internacional privado. El símil más próximo se encuentra en el llamado conflicto de leyes, no obstante, su connotación y dimensión difiere de la visión continental romanista. Sobre el tema ver: Arthur R. Lewis, "Conflicts of laws", *Rutgers Law Review*, 5(1), Nueva Jersey, 1950, Págs. 95-102.

²¹² Tema tratado en la Parte Tercera, Capítulo IV, de la presente investigación que aborda la jurisdicción internacional.

²¹³ Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 740.

²¹⁴ La C.E. en su Art. 233, dispone que ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones. La responsabilidad que puede asumir es

y sobrepagos en contratación pública, entre otros.²¹⁵ Estos delitos podrían o no afectar directamente a ciudadanos extranjeros o transgredir tratados internacionales. Es necesario precisar que, indirectamente, el hecho de dañar el marco de transparencia en el propósito de beneficiar o perjudicar a alguien ilegítimamente, afecta a todo el sistema en general.

En situaciones donde se pierde la confianza en el poder público local, ante una abierta ilegalidad, ha quedado la opción de presentar demandas en el extranjero en base a leyes extraterritoriales²¹⁶ tales como: la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA),²¹⁷ la Ley de Organizaciones Criminales y Prácticas Corruptas (RICO)²¹⁸ y, la Ley de Reclamaciones por Daños en el Extranjero (ATCA).²¹⁹

El hecho de que ciertas prácticas criminales, distintas a los delitos contra la humanidad, efectuadas por agentes públicos puedan ser juzgadas en jurisdicción extranjera permite elaborar un análisis teórico sustancial sobre la noción de jurisdicción internacional. Casos tristemente célebres fueron posteriormente conocidos en territorio local, sobre la base de demandas presentadas en sede extranjera.²²⁰ El caso *United States vs. Hoskins*²²¹ fijó ciertos parámetros sobre la extraterritorialidad de la ley, sin embargo, es claro que la variada casuística sobre prácticas corruptas en el extranjero generará nuevas aplicaciones e interpretaciones. Así mismo, en el caso *United States vs. Ng Lap Seng*²²² se abordó una

de carácter administrativo, civil y penal. Lo mismo sucede respecto a la administración de fondos, bienes o recursos públicos.

²¹⁵ COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, Título IV, Infracciones en Particular; Capítulo Quinto, Delitos contra la Responsabilidad Ciudadana; Sección Tercera, Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, Art. 278 al Art. 294.1.

²¹⁶ La existencia de leyes locales con efectos extraterritoriales no ha estado libre de críticas desde la perspectiva de la técnica jurídica hasta apreciaciones políticas.

²¹⁷ The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. (FCPA). Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

²¹⁸ Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act 18 U.S.C. 1961 (RICO). Disponible en: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-109-rico-charges>

²¹⁹ Alien Tort Claims Act (ATCA) (28 U.S.C. § 1350; ATS).

²²⁰ Como el caso denominado FIFA Gate, sobre la ley Foreign Corrupt Practices (FCPA).

Sobre el tema ver: Departamento de Justicia de Estados Unidos, <https://www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and>

Igualmente, destaca en la región y particularmente en el Ecuador el caso de Odebrecht, que tiene como fundamento la misma ley Foreign Corrupt Practices (FCPA), que repercutió en los cimientos políticos e institucionales de varios Estados en América. Sobre el tema ver: Departamento de Justicia de Estados Unidos, <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>

²²¹ *United States v. Hoskins* - 902 F.3d 69 (2d Cir. 2018).

²²² *United States vs. Ng Lap Seng*, No. 18-1725 (2d Cir. 2019). Caso relacionado con: *U.S. vs. Francis Lorenzo*: Docket No. 15-CR-00706-VSB-2. Sobre el tema ver: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/ng-lap-seng>

supuesta corrupción de funcionarios internacionales, llevando el análisis de aplicación a nuevos escenarios.

Aunque no es un supuesto muy probable, en la práctica es posible que una norma o una disposición de autoridad superior induzca a hechos o actos que puedan ser calificados como prácticas corruptas en el extranjero.

El error judicial.

Por mandato constitucional el Estado es responsable por la detención arbitraria, el error judicial, el retardo injustificado o la inadecuada administración de justicia, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y, además, por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, todo esto con incidencia directa en el derecho penal.

Cuando una sentencia condenatoria es reformada o revocada, el Estado tiene la obligación de reparar a la persona que sufrió la pena o sanción como resultado del fallo en cuestión y, una vez declarada la responsabilidad por tales actos imputables a servidores públicos, administrativos o judiciales, se tendrá que repetir en su contra.

Respecto a la privación irregular de la libertad, la C.E.²²³ contempla responsabilidades para funcionarios públicos o cualquier otro agente del Estado, o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia.

La responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal de agentes o representantes del Estado, por regla general, se traduce en violaciones a derechos humanos, sanciones por el indebido uso del poder punitivo del Estado y la imposición de penas crueles, inusuales o inhumanas, aspectos que son tratados en extenso en la Parte Segunda la presente investigación.

Los actos criminales opuestos a la legislación local pueden o no, dependiendo del caso, constituir un ilícito internacional. Cabe mencionar que, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos²²⁴ si bien es el esfuerzo internacional más importante sobre la materia, se queda corto en cuanto al

²²³ C.E., Art. 90.

²²⁴ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 53 período de sesiones, 1998.

desarrollo de posibles hipótesis casuísticas que en la práctica se presentan contra Estados. Este tema se desarrolla con amplitud en el capítulo II de la presente tesis.

Finalmente, se abre la puerta a discusión acerca de si el error judicial puede o no ser provocado por antinomias de leyes o la existencia de disposiciones inadecuadas, en tal caso, el aspecto de la intencionalidad tiene relevancia.

4. DERECHO DE REPETICIÓN Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.

En caso de que un funcionario público deba aplicar una ley local o tomar una decisión de gobierno o control con sustento en la legislación vigente, cabe la posibilidad de que tal hecho o acto implique responsabilidad internacional del Estado. Además de aquello, se suma el hecho de que el Estado deba resarcirse de la condena persiguiendo a la persona que tomó la decisión o la ejecutó. En el caso de Ecuador las demandas contra el Estado han sido por millones de dólares, montos que materialmente no pueden ser asumidos por personas naturales en particular. Sobre las condenas más cuantiosas no se han iniciado procesos de repetición.

El derecho de repetición tiene una naturaleza e historia mayoritariamente de carácter civilista, así, en la legislación ecuatoriana el C.C.²²⁵ establece que aquel quien por “*error*” ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado, así mismo contempla que, cuando se cancela voluntariamente una deuda ajena, quien lo hizo no tiene derecho para repetir, pero podrá intentar acciones de acreedor.

Por definición, el derecho de repetición otorga a una persona la posibilidad de recuperar lo indebidamente pagado. En el caso del Estado, ante la determinación de responsabilidades, los funcionarios de los distintos poderes: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, y más servidores y empleados de los gobiernos autónomos descentralizados y empresas públicas, entre otros, pueden ser demandados para que respondan pecuniariamente por sus acciones u omisiones causantes de responsabilidad ante el particular, como consecuencia de la violación de preceptos constitucionales o legales de derecho local, o estándares y principios del derecho internacional.

²²⁵ C.C., Art. 2195.

En demandas internacionales, la aplicación de disposiciones constitucionales, legales o contractuales y, en general, cualquier decisión administrativa, puede provocar violación de estándares internacionales. En tales hipótesis, poco o nada servirá realizar un análisis sobre la existencia de dolo o culpa por parte del o los funcionarios o servidores públicos. A lo mencionado cabe agregar que, en responsabilidad internacional del Estado, muy difícilmente cabrá la excepción de que los daños o hechos gravosos se dieron como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor.

En caso de que el Estado sea sancionado por hechos extracontractuales o condenado internacionalmente por quebrantar compromisos constantes en tratados, tiene la posibilidad de perseguir judicialmente a los funcionarios que realizaron el acto u omisión²²⁶ que generó dicha responsabilidad y consecuente condena patrimonial.

En los hechos, puede suceder que local o internacionalmente el demandante tenga la posibilidad de ejercer acciones exclusivamente contra el Estado de forma general o, en conjunto, pueda demandar a personas o instituciones específicas, causantes del daño que se reclama.

La evolución del derecho ha permitido proponer recursos efectivos contra el Estado, a pesar de estar cobijado por privilegios e inmunidades unilaterales que ponen en franca desventaja al ciudadano. Tanto regímenes respetuosos de la juridicidad o Estados con sistemas totalitarios pueden ser objeto de sanciones internacionales.

Las nociones civilistas de culpa objetiva y culpa subjetiva²²⁷ han sido empleadas por el derecho público con el propósito de determinar la eventual responsabilidad del Estado, con hincapié en los servicios públicos. Pese a que el devenir evolutivo ha mostrado un transitar del tipo subjetivo al objetivo, en temas internacionales la actuación antijurídica y culpable de agentes y representantes del Estado tiene una particular importancia. Esto se tornó más complejo cuando la sanción internacional se da por estándares comparativos, como trato justo y equitativo, y no por una violación culposa de una norma.

²²⁶ La omisión podría ser grave según sean los actos culposos o dolosos.

²²⁷ En Argentina puntualmente se establece: “Art. 1 (...) La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.” Ley 26.944, Responsabilidad Estatal, 2014. El hecho de tener un cuerpo normativo sistemático evita la utilización de normas supletorias que no fueron creadas para regir en el derecho público.

La LOGJCC,²²⁸ respecto de la responsabilidad de los servidores públicos y la repetición contra ellos señala que, luego de que un juez declare la misma en relación al Estado o de una persona en particular, se deberá remitir el expediente a la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes, así como a la Fiscalía General del Estado, en caso de existir delitos.²²⁹

De igual manera, la C.E. en cuanto a la responsabilidad personal determina como figura central la “*repetición*”,²³⁰ la cual permite que el Estado pueda demandar a quienes causaron los daños y de esa forma compensar los valores que debe erogar como indemnización a las personas afectadas. En tal sentido, prevé que el Estado, sus delegatarios o concesionarios (no se incluye la expresión instrumentalidades propias del derecho internacional) y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar los daños por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos. El Estado ejercerá su derecho de repetición por cuerda separada de las responsabilidades civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar.

Por su parte, el COA²³¹ es el instrumento que determina la forma cómo el Estado puede resarcirse por la responsabilidad atribuible a personas naturales. El referido cuerpo normativo contempla seguir el trámite ordinario previsto en el COGEP,²³² ante los jueces administrativos, y expresamente excluye todo tipo de reconvención, agregando que el valor de las reparaciones debe determinarse en proporción al grado de participación. La acción prescribe en cuatro años.²³³

De lo anotado se desprende que, el Estado no rehúye a la responsabilidad, sino todo lo contrario, tiene como deber inmediato precautelar los derechos afectados y procurar indemnizaciones oportunas y adecuadas, utilizando la *repetición* como medio de recuperar las erogaciones efectuadas.

Por otra parte, el COFJ²³⁴ al abordar el principio de responsabilidad incluye a la administración de justicia en la categoría de servicio público, en concordancia con lo

²²⁸ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

²²⁹ Ibidem, Art. 20.

²³⁰ Ibidem, Art. 11.9.

²³¹ COA, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

²³² COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²³³ COA, Art. 344.

²³⁴ COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009, Art. 15.

establecido en la C.E.²³⁵ y, en consecuencia, prevé que el Estado será responsable en todos los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Para el efecto, todo juez se considera responsable por el perjuicio que se cause a las partes a consecuencia de retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

En Ecuador, los casos más destacados de repetición han sido los propuestos por la PGE, en calidad de representante judicial del Estado; la Presidencia de la República; el ex Congreso Nacional; y, el Consejo de la Judicatura, en contra del ex Presidente de la República Lucio Gutiérrez, los exdiputados, exjueces y exvocales del Tribunal Constitucional, por la desvinculación de los jueces de la ex Corte Suprema de Justicia en el año 2004, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) contra Ecuador.²³⁶ Cabe precisar que estos casos son totalmente residuales respecto al universo de demandas y condenas internacionales.

Otro caso que motivó acciones de repetición, que hasta la fecha no ha presentado resultados, es el del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) contra Ecuador.²³⁷ Las demandas fueron planteadas: “en ejercicio del derecho de repetición previsto en el Art. 11 número 9 inciso segundo de la C.E. y en los artículos 67, 68 y 69 de la LOGJCC, de conformidad con los cuales, las máximas autoridades de las entidades responsables del pago de una indemnización por vulneración de derechos amparados por un tratado de protección de derechos humanos, deben plantear la demanda de repetición en contra de los servidores o funcionarios responsables de los hechos que generaron la violación.”²³⁸

²³⁵ C.E., Art. 326.- (Reformado por el Art. 9 de la Enmienda s/n, R.O. 653-S, 21-XII-2015, que la Sentencia No. 018-18-SIN-CC, R.O. E.C. 79, 30-IV-2019 de la Corte Constitucional declaró inconstitucional por la forma; por lo que el presente artículo retorna a su texto original). “15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios. (...)”.

²³⁶ Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf

²³⁷ Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf

²³⁸ PGE, Boletín de Prensa, Quito, 1 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/795-se-inician-acciones-de-repeticion-en-casos-de-ex-magistrados-de-la-corte-suprema-y-ex-tribunal-constitucional>

Como se mencionó oportunamente, según el COA, la acción del Estado por repetición prescribe en el plazo de cuatro años, lo cual no guarda coherencia con el plazo de prescripción previsto en la LOGJCC,²³⁹ en la que se manifiesta que dicha acción prescribe en el plazo de tres años.

Dentro del marco jurídico ecuatoriano, ante la multiplicidad de normas, no se distingue a cabalidad la naturaleza pública o privada de la acción de repetición, así por ejemplo, en Colombia, donde existe una ley especial sobre la materia, se contempla su carácter civil,²⁴⁰ mientras tanto en Ecuador se entiende que es parte de su sistema administrativo y es ejercida por la PGE.

La PGE, mediante pronunciamiento vinculante sobre la inteligencia y alcance de la ley, ha determinado que: “procede el derecho de repetición por parte de las instituciones del Estado, siempre que judicialmente se haya declarado que el funcionario responsable haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave.”²⁴¹ Dicho pronunciamiento fue expedido con anterioridad a la entrada en vigor del COA.

La República del Ecuador no ha propuesto repetición sobre condenas en arbitrajes internacionales de inversión, que representa el mayor contingente en sanciones.

5. RESPONSABILIDAD EN DERECHOS HUMANOS.

Como su nombre lo indica, el sistema de protección de derechos humanos es internacional, razón por la cual se aplican estándares supranacionales. Sin embargo, el hecho de cumplir con la normativa interna es una cuestión sustancial en la defensa del Estado. La normativa interna puede variar en contenido y modalidad según la tradición y

²³⁹ LOGJCC, Art. 67.

²⁴⁰ Ley 678 de 3 de agosto de 2001. Disponible en: [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma .php?i=4164](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4164)

“Art. 2. La acción de repetición **es una acción civil de carácter patrimonial** que deberá ejercerse en contra del servidor o exservidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Texto declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002; texto declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-338 de 2006, por los cargos examinados” (original sin resaltado).

²⁴¹ Pronunciamiento de la PGE contenido en Oficio No. 08873 de 17 de mayo de 2004.

cultura jurídica local, sin que ello por sí mismo represente que aquella sea buena o mala, adecuada o inadecuado, suficiente o insuficiente.

La naturaleza y la existencia misma de los derechos humanos necesariamente hacen referencia al tradicional paralelismo entre derecho natural y derecho positivo, agregando la amplitud de posturas y doctrinas intermedias existentes, lo que lleva su análisis al terreno de la filosofía del derecho, que abre un abanico inmenso de reflexiones interesantes y valiosas para el ámbito académico, pero que sin embargo no logra consolidar certezas ni pluralizar técnicas de argumentación.²⁴²

La posible pluralidad y profusión de interpretaciones permiten un terreno fértil para el desarrollo de doctrinas y posturas teóricas; sin embargo, aquello causa una incertidumbre mayúscula. La pregunta en torno a la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos humanos no tiene respuesta definitiva, aquella se origina en una norma positiva (previo al acto de ceder soberanía en la firma de un instrumento internacional) o en el *ius cogens* universal que garantiza la dignidad humana que es uno de los fundamentos principales del sistema.

La casuística internacional, luego de la implementación de los juicios de Núremberg así como de otros tribunales especiales conformados para el juzgamiento de atrocidades internacionales, no llegó a estructurar de forma dogmática los principios naturales del derecho como fuente generadora de responsabilidad. Desde una perspectiva puramente positivista, ninguna tiranía o gobierno que cometa actos corruptos podría ser juzgado, ya que por obvias razones no estará dispuesto a crear normas en tal sentido, ni a ceder soberanía a órganos jurisdicciones especializados vinculados a organizaciones internacionales.

En tal sentido, determinar la naturaleza jurídica de los derechos humanos no es solamente un ejercicio académico y filosófico, sino que tiene profundas incidencias ante una protección efectiva de valores supremos.²⁴³ Por el contrario, la falta de protección efectiva genera potenciales afectaciones que no podrían ser admitidas en un Estado donde impere el derecho.

²⁴² Sobre el tema ver: Rowan Cruft, S. Matthew Liao, and Massimo Renzo, Eds., *Philosophical Foundations of Human Rights. Philosophical Foundations of Law*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2015, Pág. 39.

²⁴³ Sobre el tema ver: Cindy Holder, and David Reidy, Eds., *Human Rights. The Hard Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, Pág. 27.

El sistema de derechos humanos se organiza en función de un régimen de protección universal y regional,²⁴⁴ cada uno con diversas variantes. Aquello vislumbra cuestiones teóricas respecto a cómo conciliar esquemas heterogéneos con una multiplicidad de prácticas locales.

Ahora, es o no idóneo que cada región²⁴⁵ tenga su propio esquema de protección de derechos humanos o, por el contrario, los principios universales deberían ser aceptados de igual forma en las diversas latitudes y continentes. Aquella es una de las interrogantes sujetas a múltiples interpretaciones, las cuales deberían ser limitadas en aras de lograr una mayor predictibilidad en la materia.

Los sistemas regionales de protección tienen una naturaleza mayormente positivista, ya que funcionan y actúan en tanto y cuanto los Estados hayan acordado ceder soberanía a través de instrumentos internacionales para otorgarles existencia, operabilidad y competencia. Por el contrario, la noción universal de derechos humanos es puramente natural, ya que no hace distinción alguna en cuanto a los sujetos protegidos, ni tampoco podría ser modificado por instrumentos o declaraciones de los Estados. En tal contexto se entiende que los derechos humanos no son creados ni extinguidos por instrumentos internacionales, aunque estos puedan ser útiles en su protección.

Resulta cierta la dificultad existente respecto al vínculo entre el relativismo prescriptivo y los derechos humanos regionales. Las convenciones regionales deben mostrar cómo conciliar las protecciones específicas del contexto con los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por otro lado, el derecho constitucional y el derecho público en general deben guardar formas mínimas de respeto a los principios supremos recogidos en el *ius cogens*. Lo que aparentemente pareciera obvio, en la práctica abre grandes dificultades, ya que por principio el Poder Constituyente, al ser originario y pre-jurídico, es totalmente ilimitado. Conceptualmente, es necesario establecer al *ius*

²⁴⁴ En castellano sistema significa: “1. Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. 2. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto.” (Diccionario de la RAE, 2020). En tal sentido, bien podría considerarse que la existencia de un “sistema” internacional de Derechos Humanos es más una pretensión en construcción que una realidad consolidada, ya que su propia naturaleza universal conlleva muchas disparidades. Sobre la consolidación de un sistema universal ver: Philip Alston, and Ryan Goodman, Eds., *International Human Rights. The Successor to International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Oxford, 2012, Pág. 690.

²⁴⁵ Sobre la regionalización de los esquemas de protección de derechos humanos ver: Dinah L. Shelton, and Paolo G. Carozza, *Regional Protection of Human Rights*, 2d ed. Oxford University Press, Nueva York, 2013, Pág. 11.

cogens como frontera natural y límite insuperable del Poder Constituyente. Lo dicho implica sobreponer la noción de derecho sobre intereses políticos.

La falta de uniformidad y coherencia en la conformación de un sistema internacional de derechos humanos es evidente. Los valores supremos, como la vida y la dignidad, no son estimados en la misma forma en todos los lugares y latitudes. Es evidente entonces la existencia de una diversidad²⁴⁶ cultural y social, sin embargo, aquello no debería influir en la defensa de los derechos y valores supremos.

La política partidista, con sus diversas doctrinas antagónicas, dificulta la consolidación de principios jurídicos universales, lo cual crea un dilema ya que puede ser complaciente con culturas donde el abuso y la barbarie tienen raigambres históricas.

A la fecha no existe un catálogo universal de virtudes supremas, en una dimensión positivista, lo que debilita el sentido de precisar qué valores superiores están protegidos²⁴⁷ por el *ius cogens* o derecho universal inderogable. Por otro lado, no es posible enumerar taxativamente dichos valores supremos, así existiere una voluntad en tal sentido, por lo que se los debe reconocer y aceptar como concepciones de orden superior.

Alrededor del tema de valores y virtudes siguen girando relativismos, subjetividades e imprecisiones dadas sobre interpretaciones sociológicas y un utilitarismo político. A la antigua historia del derecho no se le puede atribuir el hecho de haber cimentado la noción

²⁴⁶ Robert P. Churchill, *Human Rights and Global Diversity*, Basic Ethics in Action, 1st Edición, Upper Saddle River, NJ: Pearson Education, 2005, Pág. 87.

²⁴⁷ “This is not an easy relation to tame. Indeed, already in 1947, during the drafting of the UDHR, the American Anthropological Association observed that the document reflected values only of the Western world. Among UN members of that time, forty-eight states voted in favor, none voted against, and eight abstained (six from the Soviet bloc plus South Africa and Saudi Arabia). On 10 December 1948, with the General Assembly resolution 217A (III), UN Document A/810 at 71, the UDHR was adopted. The purpose of the UDHR was to set a springboard of inviolable rights in the wake of the Second World War. The UDHR was followed by the creation of several conventions and treaties safeguarding a number of specific areas, such as women’s rights, children, workers’ rights, and so on. The UDHR was shortly anticipated by the American Declaration of the Rights and Duties of Man (cited under Americas) (2 May 1948), a regional declaration with the purpose of strengthening solidarity within the Organization of American States (OAS). Furthermore, on the European front, in 1949 the Council of Europe was founded, and in 1950 it released the European Convention on Human Rights (ECHR). The first human rights treaty after the Second World War was of a regional scope. In addition to the regional protection, the recently introduced Universal Periodic Review system represents an innovative cooperative process among all 193 states and the Human Rights Council.” Oxford Bibliographies: Disponible en: <https://www-oxfordbibliographies-com.ezproxy.library.ac.uk/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0153.xml?rskey=x4FMIC&result=1 &q=human+rights#firstMatch>

de “derechos humanos universales”, no obstante, los hitos más representativos, de orden internacional, son:

- La Carta Magna de Inglaterra (Grate Charter)²⁴⁸ y consecuentes instrumentos tales como: La Petición de Derechos²⁴⁹ y la Carta de Derechos.²⁵⁰
- La Declaración de los Derecho del Hombre en Francia.²⁵¹
- La Declaración de Independencia de U.S.,²⁵² que posteriormente se consolidó como las Diez Primeras Enmiendas, conformando la llamada Carta de Derechos.²⁵³

Si tales textos no hubiesen sido escritos, ¿jurídicamente tendrían o no reconocimiento los derechos humanos en la actualidad?. Esta cuestión ontológica y deontológica del ser y deber ser no tiene respuestas absolutas en el espectro jurídico, que es la expresión de la manifestación de poder político. En un sentido naturalista sería claro que la condición del ser humano debe ser respetada, no como un acto dadivoso, sino como una imposición de orden superior.

En el ámbito operativo, es evidente que los operadores públicos, funcionarios o dignatarios en sus diversos niveles deben cumplir con la norma escrita, sin que les sea pertinente corregir, modificar o restringir su texto.

Los instrumentos internacionales tuvieron una inspiración naturalista y moral cristiana, que establecen la vigencia de valores supremos e inderogables, que a lo largo de la historia fueron irrespetados. Interesantemente, todos estos instrumentos se dieron en el marco de movimientos liberales.²⁵⁴

Pese a ello, en la práctica, la exigencia y respeto efectivo a los derechos humanos únicamente se concreta cuando constan en normas escritas coercitivas, lo cual despierta interesantes cuestionamientos, ya que, aunque la fuerza moral y lógica de dichos

²⁴⁸ Magna Carta Libertatum, Windsor 1215.

²⁴⁹ Petition of Right, U.K.1628.

²⁵⁰ The Bill of Rights, Land Mark Act in Constitutional Law, 1689.

²⁵¹ La Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen, 1789.

²⁵² United States Declaration of Independence, Second Continental Congress, 1776.

²⁵³ The United States Bill of Rights, 1791.

²⁵⁴ La pregunta de que si el respeto a los derechos humanos puede darse fuera de democracias liberales y de un Estado Constitucional de Derecho es latente. Sobre el tema ver: Mark Goodale, *Surrendering to Utopia: An Anthropology of Human Rights*, Stanford Studies in Human Rights, Stanford University Press, Stanford, CA, 2009, Pág. 137.

instrumentos es evidente, recién en 1948 la ONU, a través de su Asamblea General, logró consolidar una Declaración Universal de Derechos Humanos,²⁵⁵ documento que fue complementado con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁵⁶ y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos,²⁵⁷ junto con su Protocolo Facultativo.²⁵⁸ Estos últimos posibilitan la determinación de responsabilidad internacional del Estado respecto de la adopción de medidas económicas. En cuanto a derechos, imponen la obligación de incorporar las nociones constantes en el pacto a la legislación interna de cada Estado, así como se impone la obligación de presentar informes.

Bajo una lógica positivista cabe preguntarse: ¿si no existiese el texto escrito de la Declaración Universal de Derechos Humanos, bajo el principio *nulla pena sine lege*, los Estados estarían habilitados a cometer violaciones de derechos humanos sin tener responsabilidad internacional?. La historia ha dado respuesta a esta pregunta con la conformación de tribunales especiales de posguerra, los cuales también bajo una lógica positivista podrían ser contrarios al derecho internacional y normas escritas imperantes a la época. Sin embargo, la operatividad y eficacia de estos tribunales ha sido totalmente limitada y residual frente a la cantidad de abusos cometidos por el poder público.

Bajo la misma idea positivista cabría preguntarse la razón práctica o epistemológica de la existencia de instrumentos regionales de derechos humanos.²⁵⁹ Un instrumento regional debería limitarse a desarrollar el contenido normativo de una norma universal que se entiende superior o, por el contrario, podría ampliar, modificar o restringir derechos.

²⁵⁵ Constante en: Resolución 217 A (III), 1948. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))

²⁵⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx#:~:text=Los %20 Estados %20Partes%20en%20el%20presente%20Pacto%20se%20comprometen%20a,nacimiento%20o%20cualquier%20otra%20condici%C3%B3n](https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx#:~:text=Los%20Estados%20Partes%20en%20el%20presente%20Pacto%20se%20comprometen%20a,nacimiento%20o%20cualquier%20otra%20condici%C3%B3n)

²⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

²⁵⁸ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>

²⁵⁹ El mismo año en que se promulgó la Declaración Universal de Derechos Humanos, tuvo lugar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la ciudad de Bogotá, en el marco de la novena conferencia Panamericana de 1948. Luego de transcurridos 2 años, para el año de 1958, se suscribió la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, junto a sus protocolos.

Utilizando una lógica positivista debería existir una jerarquía que prevenga o corrija posibles incompatibilidades, y permita dar coherencia a un sistema en construcción. Bajo una hipótesis que podría hacer referencia a los mismos hechos y sujetos, la resolución de un Tribunal potencialmente sería diferente a lo que podría dictar otro en la misma materia, respecto a violaciones de derechos humanos, restando predictibilidad y la posibilidad de fortalecer un sistema orgánico coherente.

Para efectos de consolidar principios generales referentes a la ciencia jurídica, es necesario reducir todo tipo de percepciones y nociones ligadas al subjetivismo o relativismo,²⁶⁰ caso contrario, toda certeza y predictibilidad se pierde, al igual que todo avance epistemológico carecería de sentido. Las incertidumbres eliminan la posibilidad de robustecer nociones generales que deberían fortalecer la ciencia jurídica.²⁶¹

El respeto a los derechos humanos implica la observancia de un Estado de derecho y el acatamiento de los mandatos que hacen efectivas las garantías jurisdiccionales y demás derechos fundamentales.²⁶²

La protección de los derechos humanos se vincula en última instancia al *ius cogens*. Paradójicamente, los Estados que desarrollan un derecho positivo adecuado respaldado con entidades técnicas libres de corrupción, en un marco democrático de respeto a las libertades, son los menos proclives a cometer violaciones, no obstante, aquello es destacable en prevención.

En tal sentido, los derechos humanos se protegen en virtud del *ius cogens*, en consideración a la posibilidad de que tiranías conviertan al derecho positivo en un mecanismo de sometimiento que a la vez evite su responsabilidad.

En la parte resolutive de la Opinión Consultiva solicitada por la CIDH, respecto de la responsabilidad internacional del Estado en la expedición de normas contrarias al sistema de Derechos Humanos, se expresó:

²⁶⁰ Sobre el relativismo en el marco de la protección de derechos humanos ver: James W. Nickel, “Eight Responses to the Relativist”, In *Making Sense of Human Rights*, 2d ed. By James W. Nickel, Oxford: Blackwell, 2006, Págs. 168–184.

²⁶¹ Sobre el relativismo generado por la antropología en las nociones de derechos humanos ver: Alison D. Renteln, “International Human Rights: Universalism versus Relativism”, *Frontiers of Anthropology* 6, Newbury Park, CA: SAGE, 1990, Pág. 32.

²⁶² Roberto Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica*, Dykinson, Serie: Dykinson Constitucional, Madrid, España, 2018, Pág. 161.

“1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.”²⁶³

Dicha decisión establece que las actuaciones u omisiones de los agentes o representantes del Estado generan responsabilidad internacional. Lo mismo sucede respecto de los efectos de la expedición de leyes contrarias a principios constantes en normas internacionales, como ocurre con tratados de derechos humanos.

Lo mencionado no es solamente teórico ya que la esencia de la noción de responsabilidad del Estado potencialmente incluye actos u omisiones por parte del Estado, así se ha expresado: “this basis of responsibility is distinct from the attribution of illegal acts of the individual in violation of international law to the State: Thus, in principle, any violation of rights recognized by the Convention carried out by an act of public authority or by persons who use their position of authority is imputable to the State. However, this does not define all the circumstances in which a State is obligated to prevent, investigate and punish human rights violations, nor all the cases in which the State might be found responsible for an infringement of those rights. An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required.”²⁶⁴

²⁶³ Opinión Consultiva Oc-14/94 del 9 de diciembre de 1994, sobre Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, solicitada por la CIDH, Serie A: Fallos y Opiniones, No. 14.

²⁶⁴ Thomas Weatherall, “State responsibility and Jus Cogens”, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, Pág. 386.

Por lo tanto, la impunidad o encubrimiento de actos ilícitos por el Estado ocasiona responsabilidad, que puede proyectarse en un contexto más amplio, incluso cuando formalmente se justifique el cumplimiento de las normas internas.

5.1. Agotamiento de recursos internos.

El agotamiento de recursos internos es un tema central en la discusión y análisis sobre la responsabilidad internacional del Estado. En tal sentido cabe la pregunta: ¿se debe o no esperar el agotamiento de todos los recursos e instancias locales para acudir a la justicia internacional?. Un razonamiento naturalista llevaría ante todo a salvaguardar el bien jurídico protegido, en tanto que, en un contexto positivista se observarían en primer término las reglas de admisibilidad del caso y la competencia del juzgador que conocerá el tema.

Al respecto, cabe recordar que la CIDH en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*²⁶⁵ desestimó la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos opuesta por el Gobierno de Honduras, declarando una violación en el siguiente contexto: “en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez los deberes de respeto y de garantía del derecho a la libertad personal reconocidos en el Art. 7 de la Convención, en conexión con el Art.1.1 de la misma, como también los deberes de respeto y de garantía del derecho a la integridad personal reconocidos en el Art. 5 de la Convención, en conexión con el Art. 1.1 de la misma. Por ello declaró que Honduras había violado en perjuicio de la víctima el deber de garantía del derecho a la vida reconocido en el Art. 4 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, decidiendo en consecuencia que Honduras estaba obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima. Esta consecuencia del grave ilícito encuentra una sideral y progresiva diferencia con las medidas adoptadas en los fallos de la misma Corte en los últimos tiempos. No pretendemos en este breve trabajo hacer un relevamiento de la evolución en materia de responsabilidad seguida por la Corte, sino sólo resaltar las decisiones más aventuradas

²⁶⁵ *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, el 29 de junio de 1988 (Serie C No. 4).

(I), tratar de fundar la base jurídica de la progresividad de los fallos de la Corte (II) y señalar los claroscuros de la misma (III).”²⁶⁶

Interesantemente, el tema del arbitraje comercial y de inversión tiene relación más estrecha con el recurso a los derechos fundamentales que no pueden ser resguardados en la legislación local, y en último término deben ser defendidos en arbitraje internacional.

El caso *Human Rights Defenders*²⁶⁷ constituye un hito histórico, primeramente, por tratarse del único iniciado contra Suiza y, en segundo lugar, porque la demandante no era una empresa comercial o inversionista especulativa, sino una organización de defensa de los derechos humanos.²⁶⁸ En el mes de agosto de 2020, el CIADI conoció el caso sobre la base del TBI suscrito entre Suiza y Hungría.²⁶⁹ El conflicto versaba sobre la actividad dentro del sector inmobiliario por el valor de 300 millones de dólares. Los derechos presuntamente violados a entablarse la demanda fueron los siguientes: expropiación indirecta ilícita, protección y seguridad plena, y trato justo y equitativo. En el presente tema, resulta interesante analizar y valorar cómo decisiones administrativas tomadas dentro de las atribuciones que la ley local confiere al poder público, pueden derivar en responsabilidad internacional del Estado.²⁷⁰

En el contexto internacional, resulta interesante la experiencia europea en donde, por temas comerciales o de inversión, se ha acudido al TEDH en Estrasburgo²⁷¹ en búsqueda

²⁶⁶ Zlata Drnas de Clément, “Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional*, 2010, Pág. 219.

²⁶⁷ *Human Rights Defenders Inc.*, ICSID Case No. ARB/20/29.

²⁶⁸ Sobre el tema ver: <https://www.human-rights-defenders.com/about-us/>

²⁶⁹ BIT Hungary - Switzerland 1988.

²⁷⁰ “La demanda está relacionada con las medidas tomadas por el Estado suizo sobre propiedades inmobiliarias. El Decreto Federal de 6 de octubre de 1989, que impuso la prohibición con efectos retroactivos sobre la venta de bienes inmuebles dentro de los 5 años a partir de su compra, en contravención con el resultado del referéndum de 4 de diciembre de 1988, y la decisión contextual del Banco Nacional Suizo (SNB) de comenzar a aumentar agresivamente su tasa de descuento, provocó un aumento de las tasas hipotecarias.” Noticias, “La primera demanda de arbitraje de inversiones contra Suiza es una realidad”, *CIAR Global*, septiembre de 2020. Disponible en: <https://ciarglobal.com/la-primera-demanda-de-arbitraje-de-inversiones-contra-suiza-es-una-realidad/>

²⁷¹ Luego del caso *Achmea B.V.* (*Case C-284/16*), donde la Corte Europea de Justicia limitó la validez de los arbitrajes de protección de inversiones intra-europeos, dejando sin protección a los inversionistas regionales, se ha discutido si es válido o no acudir a instancias de derechos humanos en búsqueda de reparación de derecho. Sobre el tema ver: Xavier Taton, and Guillaume Croisant, “Intra-EU Investment Arbitration Post-Achmea: A Look at the Additional Remedies Offered by the ECHR and EU Law”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2018. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/19/intra-eu-investment-arbitration-post-achmea-a-look-at-the-additional-remedies-offered-by-the-echr-and-eu-law/>

de posibles reparaciones que el sistema arbitral no otorgaría. Esto puede ser asimilado como favorable, dentro de un análisis *ius naturalista*, sin embargo, puede incluso llegar a ser identificado como un abuso del derecho bajo una perspectiva positivista. Cabe mencionar que, a lo largo de la historia, las diversas olas expropiatorias motivadas por cambios de gobierno o actuaciones autoritarias de toda índole e inspiración no fueron conocidas ni resueltas por cortes de derecho humanos.

Finalmente, dentro de un análisis de derecho comparado, existe una división sobre la naturaleza civil o administrativa de la sanción dada contra el Estado por violación de derechos humanos. Así, se anota: “it is still the case in English law that invalid administrative action alone gives rise to no claim for damages. Individuals suffering loss as a result of invalid administrative action may remain uncompensated unless they have a private law remedy against the public body such as a claim in tort or contract. Notwithstanding this prohibition, the passage of the *Human Rights Act 1998* and developments in Community damages law have greatly increased the liability of public bodies in damages. Statutory reform, drawing on Community law, the Human Rights Act and jurisprudence of the European Court of Human Rights, may go some way towards resolving existing anomalies and providing individuals with an adequate, alternative means of obtaining redress.”²⁷²

5.2. Responsabilidad de Ecuador en materia de derechos humanos.

Como se mencionó anteriormente, el Ecuador no ha sido un violador sistemático de derechos humanos, pese a ello destacan algunas condenas internacionales por temas de expropiación, cuestión que también es discutida a la luz de las disputas comerciales y de inversión, y que ejemplifican aspectos originados en aplicación de normativa o decisiones de cumplimiento general de tipo local.

Es importante resaltar que, en materia de derechos humanos no se necesita de elementos de extranjería ni puntos de conexión relevantes para que el Estado sea demandado en cortes internacionales o en el extranjero (caso de U.S.). Dicho de otro modo, temas que hacen mención a cuestiones, cosas, pretensiones, violaciones, actores, etc., puramente

²⁷² Merris Amos, “Extending the liability of the state in damages”, *Legal Studies*, 21(1), Cambridge University Press, Cambridge, 2001. Págs. 1-14.

locales, pueden ser demandados internacionalmente. De hecho, un ciudadano nacional, en ausencia de elementos personales, reales o conductistas, puede proponer una demanda internacional.

Pese a la importancia mayúscula del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, desde el año 2007 Ecuador ha sido un duro crítico y opositor del mismo, es así que el ex Presidente de la República, Rafael Correa, calificó a la CIDH con el apelativo peyorativo de “comisaria de cuarta”, al inaugurar el 56to período de sesiones de la CIDH.²⁷³

Uno de los aspectos centrales que ha sido conocido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el referido a la desaparición forzosa de personas. Bien puede decirse que, internacionalmente, esta es la afectación que más ha llamado la atención de la comunidad jurídica.²⁷⁴

En el contexto de Ecuador, el país ha recibido demandas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²⁷⁵ en las que se tomaron decisiones sobre instrumentos jurídicos vigentes en el territorio nacional, más allá de que estos hayan sido idóneos o justos, se discutió sus consecuencias más que su misma vigencia o validez material - formal. Entre los casos más relevantes puede anotarse los siguientes:

5.2.1. Salvador Chiriboga vs. Ecuador.

El caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador²⁷⁶ hace mención a la expropiación, en el año de 1998, de un predio de 60 hectáreas por parte del Concejo Municipal de Quito con el objeto de construir el denominado Parque Metropolitano de Quito, que a la fecha efectivamente existe. Los demandantes agotaron las instancias locales en búsqueda de compensación

²⁷³ Sobre el tema ver: <https://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8726669-correa-cuestiona-organismo-derechos-humanos-interamericano-story.html>

²⁷⁴ La casuística sobre las desapariciones forzadas es muy variada con factores tales como la migración irregular masiva y la consolidación del poder del crimen organizado. Así, destaca: “since its creation in 1980, the UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) has received more than 55,000 cases, of which more than 44,000 remain unresolved and affect more than 107 countries. Enforced disappearance can be defined as a deprivation of liberty by agents of the state or by persons with its support or authorization, followed by the refusal to acknowledge the detention or by the concealment of the fate and whereabouts of the disappeared person. In this sense, children have also been the objects of enforced disappearance either because their parents were subjected to enforced disappearance or they were born in captivity to a mother subject to enforced disappearance.” Sobre el tema ver: Elisenda Calvet Martínez, *Enforced Disappearances in International Law*, Oxford Bibliographies, 2019, Pág. 5. Disponible en: www-oxfordbibliographies-com

²⁷⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

²⁷⁶ Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 2006.

económica. En la condena internacional, se dispuso que el Estado de Ecuador realice los pagos de una justa indemnización junto al pago por daño material e inmaterial, sumando a esto el pago de costas procesales.

Formalmente, se estableció que Ecuador violó el derecho a la propiedad privada reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²⁷⁷ además de los derechos de protección judicial consagrados en los Arts. 8.1 y 25.1 *ibídem*.²⁷⁸ Destaca el hecho de que el estándar de protección de expropiación es de los más recurridos en demandas internacionales. Este caso por sí mismo no representa un ilícito internacional.

5.2.2. Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.

El caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*²⁷⁹ tuvo como antecedente el Decreto Ejecutivo No. 86 de 1992²⁸⁰ que permitía la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional de la República del Ecuador para actividades de control delincriminal. El día 6 de marzo de 1993, las tres ramas de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional realizaron un operativo conjunto en la zona “Barrio Batallón” de la ciudad de Guayaquil. En el operativo se utilizaron explosivos para ingresar a los domicilios de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, quienes murieron por disparos de arma de fuego.

En la condena internacional se aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional de Ecuador por la violación de los derechos a las garantías judiciales previstos en los Arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se reconoció el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la suspensión de garantías.

5.2.3. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

El presente caso²⁸¹ se refiere al pueblo Kichwa de Sarayaku compuesto por 1,200 habitantes, comunidad que vive según sus tradiciones ancestrales. En 1996 entró en vigor

²⁷⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 21.2.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, 2006.

²⁸⁰ Decreto Ejecutivo No. 86 de 3 de septiembre de 1992, publicado en el Registro Oficial del mismo día, suscrito por el Presidente de la República, Sixto Durán Ballén y por el Ministro de Defensa Nacional, José Gallardo Román.

²⁸¹ *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 2010.

un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo (Bloque No. 23) entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. Se intentó infructuosamente entrar al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento para la explotación hidrocarburífera. Luego de insistencias, en el año 2002 se manifestó su oposición por escrito.

El consorcio petrolero abrió trochas sísmicas y habilitó helipuertos, afectando fuentes de agua, según el argumento de los demandantes. El 19 de noviembre de 2010 se suscribió un acta de terminación del contrato petrolero, hecho que puso fin a la pretensión petrolera.

Dentro de los méritos del caso se determinó la existencia de responsabilidad del Estado, bajo el supuesto de que Ecuador afectó los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, según el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁸² Además se condenó por poner en riesgo la vida de los demandantes.

5.2.4. Flor Freire vs. Ecuador.

En el caso Flor Freire vs. Ecuador²⁸³ se determinó responsabilidad internacional del Estado de Ecuador a consecuencia de la baja y separación de un teniente de las Fuerzas Armadas, en base al Reglamento de Disciplina Militar. Ecuador fue sancionado por violación de derechos a la igualdad y de la prohibición de discriminación.

De lo expuesto se desprende que, incluso en temas de derechos humanos, puede evidenciarse la hipótesis de funcionarios públicos que generan responsabilidad internacional al Estado por actos o hechos que les son atribuibles en cumplimiento de la normativa interna vigente.

Por otro lado, existen casos en los cuales no hubo normativa formalmente válida para el actuar del Estado, a través de sus funcionarios o representantes. Al respecto, pueden anotarse:

5.2.5. Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ Flor Freire vs. Ecuador, 2002.

En el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*²⁸⁴ se declaró responsable internacionalmente al país por el contagio con VIH de la ciudadana Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años.

Ecuador fue declarado responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación y a la garantía judicial.

5.2.6. Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador.

El caso *Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador* tiene como antecedente el fallecimiento de un policía en el año de 1992, luego de presuntamente haber herido a un superior y a otro policía.

En el presente caso, Ecuador no fue responsable por la violación a la obligación de respetar el derecho a la vida, sin embargo, se concluyó que el Estado incumplió la obligación de garantizar este derecho mediante una investigación imparcial e independiente.

6. SALIDA Y REGRESO DEL ECUADOR AL CIADI.

La salida y regreso del Ecuador al CIADI grafica de buena manera el desencuentro entre el derecho internacional frente al poder público, objeto de análisis en el presente capítulo. A fin de evitar futuras demandas por la aplicación del derecho público local, a criterio de las autoridades del momento, Ecuador salió del sistema CIADI, para lo cual, en el año 2009, denunció el convenio.

A diferencia de lo actuado por Bolivia (2007) y Venezuela (2012), Ecuador recurrió a argumentaciones constitucionales. Es necesario recordar que tanto Bolivia como Venezuela adujeron el Art. 71 del Convenio del CIADI (Convenio de Washington de 1965)²⁸⁵ que expresa, conforme a las reglas generales del derecho de los tratados,²⁸⁶ que toda parte contratante puede manifestar su denuncia mediante notificación escrita dirigida al depositario. La denuncia tiene efectos luego de 6 meses de realizada.

²⁸⁴ *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 2015.

²⁸⁵ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

²⁸⁶ Sobre el tema ver: DTCV, Arts. 42.2 y 56.

Ecuador, por su parte, puso de manifiesto que el Art. 422 de la C.E. de 2008 impide el sometimiento a arbitraje, salvo el caso de un foro latinoamericano. La AN del Ecuador, según información periodística,²⁸⁷ tardó menos de 30 minutos en conocer, tomar votación y resolver el tema en torno a la inconstitucionalidad de mantener en el sistema jurídico nacional el referido convenio internacional.

En consecuencia, el 2 de julio de 2009 el Presidente de la República expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823 que contiene la denuncia al convenio en cuestión, en cuyos considerandos, una vez más, se vuelve a hacer mención al tema de inconstitucionalidad en razón del citado Art. 422 de la C.E.

En el Art. 2 del referido Decreto No. 1823 se derogó el Decreto Ejecutivo No. 1417-B de 6 de abril de 2001, a través del cual el Convenio del CIADI fue ratificado. Cabe mencionar que aquello no cumplió función alguna en el derecho internacional y, dentro del derecho administrativo, no fue más que una redundancia ya que tácitamente se encontraba derogado.

Posteriormente, para el 21 de junio de 2021, la embajadora de la República del Ecuador en U.S., ex funcionaria del gobierno del Ecuador que decidió la denuncia en su oportunidad, firmó por segunda ocasión el Convenio del CIADI. El hecho sucedió en las oficinas del CIADI en Washington donde su Secretaria General expresó: “la firma de hoy confirma el compromiso del país para fortalecer su clima de inversión. Brindar acceso a un mecanismo imparcial para el arreglo de diferencias reduce el riesgo y brinda mayor confianza a los inversionistas, lo que conduce a la atracción de importantes flujos de inversión y la generación de más oportunidades de desarrollo para todos.”²⁸⁸

Más allá de los aspectos políticos que rondan el tema, la cuestión jurídica es compleja ya que Ecuador regresó al CIADI sin que el Art. 422 de la C.E. hubiese sido reformado o derogado. Sin perjuicio de la multiplicidad de opiniones a favor o en contra del alcance de dicho artículo, el hecho es que se encuentra vigente.

El mismo 21 de junio de 2021, mediante oficio No. T.79-SGJ-21-0044, la Presidencia de la República solicitó a la CrCE un dictamen favorable y que, además, el instrumento no

²⁸⁷ Sobre el tema ver: Noticia, “Ecuador renunció ayer al CIADI por decisión de la Comisión Legislativa”, Ecuador renunció al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones como organismo de arbitraje de diferencias sobre inversiones, *Diario el Universo*, 13 de junio, 2009.

²⁸⁸ Ver Boletín de Comunicación del CIADI, de 21 de junio de 2020. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/ecuador-firma-el-convenio-del-ciadi>

sea conocido por la Función Legislativa en razón de que, a su criterio, el Convenio del CIADI no se encontraba dentro de las hipótesis previstas en el Art. 419 de la C.E.²⁸⁹ esto es: 1. Materia territorial o de límites; 2. Alianzas políticas o militares; 3. Compromiso de expedir, modificar o derogar una ley; 4. Derechos y garantías establecidas en la Constitución; 5. Comprometer la política económica del Estado a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; 6. Comprometer al país en acuerdos de integración y de comercio; 7. Entregar competencias a un organismo internacional o supranacional; 8. Comprometer el patrimonio natural, etc.

La argumentación expuesta fue totalmente contraria a la esgrimida por la República del Ecuador durante la denuncia del Convenio del CIADI, en la cual se recurrió a la CrCE y a la AN. Conforme se analizará en el punto 3 del Capítulo II de ésta Primera Parte, Ecuador denunció todos sus TBIs bajo el argumento de inconstitucionalidad. Si bien no hubo un dictamen de constitucional, la denuncia al CIADI tuvo como antecedente la misma incompatibilidad con el Art. 422 que impuso la obligación de no ceder jurisdicción a instancias del arbitraje internacional.

Una semana después, el 30 de junio de 2021, la CrCE en el marco de una sesión ordinaria, mediante Dictamen No. 5-21-TI/21,²⁹⁰ concluyó que el Convenio del CIADI no requería aprobación legislativa, es decir, no entraba en ninguna de las hipótesis del Art. 419 de la C.E. Adicionalmente, no se encontró oposición entre el texto del referido instrumento internacional y el ya analizado Art. 422 de la C.E.

No obstante, cabe destacar que el dictamen no fue aprobado por unanimidad, en voto salvado de 2 jueces se expresó que sí se requería de aprobación previa de la AN. En el texto del voto salvado se anota, adicionalmente, que: “22. Bajo las consideraciones anteriores el dictamen de mayoría no realiza una interpretación acorde con la integralidad del texto constitucional. El Art. 419 debe ser analizado de forma concordante con el 422 de la CRE, pues éste último contiene una prohibición expresa para la suscripción de tratados internacionales en que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias del

²⁸⁹ Ibidem.

²⁹⁰ Dictamen No. 5-21-TI/2, Caso No. 5-21-TI de 30 de junio de 2021. Disponible en: <https://translate.google.com/?hl=es&sl=en&tl=es&text=Dictamen%20No.%205-21-TI%2F2%2C%20CASO%20No.%205-21-TI%2C%20%2030%20de%20junio%20de%202021%0A&op=translate>

arbitraje regional, excepto cuando éste fuere entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica en instancias arbitrales de la región.”

Así, los arbitrajes que se den en el marco del CIADI y otros foros internacionales seguirán ocasionando análisis de compatibilidad con el Art. 422 de la C.E., debiendo concluir que, ni la salida ni el regreso del Ecuador al convenio evitará responsabilidad internacional del Estado por actos del poder público, aun cuando presumiblemente sean válidos y legales de conformidad al derecho local.

Tanto la salida como el regreso del Ecuador al Convenio del CIADI han dejado grietas conceptuales dentro del derecho constitucional interno.

CAPÍTULO II. INVOCACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

1. INCORPORACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Dentro del problema central de esta investigación, esto es si un Estado soberano puede o no ser condenado internacionalmente por actos y hechos conformes al derecho local, se encuentra latente la siguiente pregunta: ¿Un funcionario público debe aplicar preceptos internacionales que no han sido incorporados a la legislación interna?. Más allá del sentido filosófico de la cuestión, esta es una realidad evidente sobre el hecho de publicidad y conocimiento, situación que impone una difícil carga material al funcionario o dignatario.

La relación entre el derecho local y el derecho internacional, a pesar de la evolución doctrinaria, sigue siendo difusa ya que no resulta obvia al analizar sus vínculos. Sin duda, este hecho permite potencialmente que funcionarios o representantes públicos puedan ocasionar una condena internacional al Estado por actos o hechos que se entienden legales bajo el derecho local.

En la esfera internacional, surge una discrepancia entre las teorías dualistas y monistas,²⁹¹ lo cual, desde el ámbito local no tiene la misma correspondencia ni relevancia teórica. Si es cierto que ambas doctrinas implican la existencia concurrente del derecho internacional y el derecho nacional, el derecho constitucional conlleva una prevalencia del positivismo que configura una estructura normativa jerárquica de inspiración kelseniana.

²⁹¹ Ronda la pregunta sobre la validez real de ambas doctrinas más allá de disquisiciones filosóficas. “En efecto, las normas internacionales requieren que los ordenamientos jurídicos estatales se encuentren preparados para cooperar con su cumplimiento, es decir, no sólo con la adopción de normas abstractas sobre incorporación, jerarquía o competencia para dictar normas concretas, sino también con la dación de estas últimas. No obstante, el análisis se ha orientado tradicionalmente a determinar si estos sistemas responden a una visión monista o dualista de las normas internacionales dejando de lado, a nuestro entender, el análisis de la propia norma internacional que es lo que efectivamente determina su proceso de cumplimiento”. Elizabeth Salmón G., *La obligación de implementar en el marco del Derecho Internacional contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2007, Págs. 29-30.

De hecho, no hay una ley internacional, como sucede en el derecho interno, al no existir un órgano legislativo supranacional.²⁹²

En el ámbito interno, en sus inicios la Constitución fue asimilada como una ley, es decir, una manifestación de soberanía o poder soberano. Así, por ejemplo, en Francia hasta la Tercera República se utilizó la expresión “*Ley Constitucional*”²⁹³ para referirse a las normas o mandatos de jerarquía constitucional. El término Ley Suprema no fue conocido en la antigüedad y, por lo tanto, el control constitucional aparece como un tema de reciente data dentro de la vasta historia jurídica de la humanidad. Aquello no quiere decir que no hayan existido normas de ordenamiento y sometimiento al poder público,²⁹⁴ sino que se refiere propiamente a la inexistencia de principios fundamentales que proscribían prácticas que institucionalizaban desigualdades de *iure*, que consentían a su vez prácticas de facto contrarias al *ius cogens*.²⁹⁵

Posteriormente, la Constitución se concibió como el instrumento generador de paz y progreso,²⁹⁶ en el marco de un sistema coherente y equilibrado. Garantizar la supremacía

²⁹² Lo dicho dista de las facultades que se otorgan a órganos de entidades internacionales, principalmente en sistemas de uniones o integración.

²⁹³ Sobre el tema ver: Joseph de Maistre, and Isaiah Berlin. In Richard Lebrun Ed., “Of the Old French Constitution”, *Maistre: Considerations on France*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, Nueva York, 1994, Págs. 62-76.

²⁹⁴ Históricamente se utilizó al derecho como una forma de sometimiento. Recién, con la implementación del principio de “*igualdad*”, la Constitución pasa a ser un medio de instituir el poder público y a la vez de limitarlo. En tal sentido, cabe recordar un importante texto político: “*El más fuerte nunca lo es bastante para dominar siempre, sino muda su fuerza en derecho y la obediencia en obligación. De aquí viene el derecho del más fuerte; derecho que al parecer se toma irónicamente, pero que en realidad está erigido en principio*”. Jean J. Rousseau, *El Contrato Social*, Capítulo III, P. 12, Ed, 1762. Disponible en: <https://www.ellibrototal.com/ltotal/ficha.jsp?idLibro=5857>

²⁹⁵ Un ejemplo de aquello puede verse en el proceso mundial de abolición de la esclavitud. Esa práctica, a la luz del derecho positivo era jurídicamente legal, sin embargo, opuesta a los principios de derecho superior. Varios autores han tratado incluso de dar justificación científica al hecho de que existan seres humanos que por naturaleza deben verse abocados a la esclavitud. “*Cuando es uno inferior a sus semejantes, tanto como lo son el cuerpo respecto del alma y el bruto respecto del hombre, y tal es la condición de todos aquellos en quienes el empleo de las fuerzas corporales es el mejor y único partido que puede sacarse de su ser, se es esclavo por naturaleza*”. Aristóteles, *La Política* · Libro Primero, Capítulo II, De la Esclavitud, siglo IV A.C. Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03021.htm>

²⁹⁶ En la obra *Leviatán* (1651), su autor Thomas Hobbes menciona frases que denotan un Estado social alejado de la paz, el progreso y el bien común, tales como: *homo homini lupus est* (hombre es un lobo del hombre); *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos). Sobre el tema ver: Thomas Hobbes, *Leviatán* 1.ª ed. Editorial Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2015. Disponible en: <https://editorial.udg.mx/gpd-leviatan.html>

y jerarquía de la Constitución finalmente se traduce en velar por su conservación,²⁹⁷ de ahí la utilización histórica de la figura conocida como “*Senado de Conservación*”,²⁹⁸ en torno a tal propósito.

Es elemental, por lo tanto, que una Constitución deba prevalecer como medio y forma de garantizar los grandes valores sociales que encarnan a una nación. La relación jerárquica y la supremacía entre normas constitucionales e instrumentos internacionales es un tema donde el derecho comparado es más informativo que sustancial, ya que no existen reglas previsibles sino resoluciones casuísticas. Un tribunal internacional no reparará definitivamente al afectado al tenor de la norma constitucional que establezca una jerarquía, sino que valorará la posible existencia de responsabilidad del Estado en base a la aplicación de principios y estándares del derecho internacional. En teoría, la prelación axiológica debería tutelar el derecho superior y ser coincidente con el *ius cogens* y los valores jurídicos inderogables.

El constitucionalismo por esencia es monista, calificativo que sin duda puede causar más de un cuestionamiento, ya que no tiene una esfera de relaciones que pueda dar sostén a un pluralismo jurídico en un contexto transnacional. Lo dicho sin perjuicio de que aquello no sea doctrinalmente adecuado, en razón de que el derecho constitucional instituye el poder público, sin posibilidad de analizar y valorar aspectos de relaciones internacionales.

El derecho público local pretende consolidar la primacía del derecho interno y en este contexto, “Con frecuencia se opone a la doctrina de Triepel una doble posibilidad teórica que, partiendo de la necesidad de una construcción unitaria del orden jurídico, la explica a través de dos construcciones radicalmente opuestas entre sí: en una de ellas la unidad es lograda subordinando el Derecho Internacional al interno de cada país, mientras que

²⁹⁷ En el caso de Ecuador, las 19 constituciones anteriores a la del 2008 se fundamentaron en la noción de un Estado Legal, que ordenaba a todo el sistema jurídico imperante. “Con relación a esto último tenemos que según el artículo 1 de la nueva Constitución, el nuevo Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia. Este cambio aparentemente semántico tiene una significación enorme porque implica la superación definitiva, en Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevalecido en el país desde los inicios de la República por allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado”. Juan Montaña P., “El derecho a renacer: aproximación fenomenológica a la justicia constitucional en Ecuador”, en Juan Montaña P. (Ed), *Apuntes de derecho procesal constitucional Aspectos Generales*, Corte Constitucional - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011, Pág. 82.

²⁹⁸ Sobre el tema ver: Miguel Malagón P., “El Control de Constitucionalidad y de Legalidad ejercido por el Poder Legislativo (1811-1842)”, *Revista Digital de Derecho administrativo*. N. 6, Bogotá, 2001, Pág.12.

en la otra el Derecho Internacional preside una visión unitaria del Derecho todo, de la que forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos internos de todos los Estados, es decir, frente al dualismo, la primera de estas construcciones se presenta como monista, con primacía del Derecho Interno, y la última constituye un monismo, presidido por el Derecho Internacional. En realidad, monista es sólo la segunda teoría, ya que la que sostiene la primacía del Derecho Interno conduce a absorber en el de cada Estado las normas que éste ha recibido del Derecho Internacional y, en definitiva, deja en pie la existencia de tantos ordenamientos jurídicos como Estados, sin vínculo alguno que los enlace. Por este motivo, lo que constituye esta teoría es una explicación pseudomonista de las relaciones entre los Derechos internos con el internacional.”²⁹⁹

Si el tema de prevalencia entre normas constitucionales o de orden público, frente a compromisos internacionales constantes en tratados se discute en instancias locales, éste tendrá una resolución distinta en relación a si el mismo es abordado en tribunales internacionales. Sobre la materia, la C.E. establece que en los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se emplearán los principios pro ser humano, sin restricción de derechos, y con aplicabilidad directa y de cláusula abierta.³⁰⁰

Entre las consideraciones relevantes destacan:

Pese a la dificultad que representa a un funcionario público conocer todo el sistema legal interno y compaginarlo con el derecho internacional, incluso el consuetudinario que formalmente no ha sido incorporado en el orden local, existen ciertos hitos que no pueden obviarse, a saber:

1. La Constitución, como norma suprema, prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.
2. Al no existir distinción alguna, se entiende que la Constitución prevalece sobre ordenamientos extranjeros e internacionales.

²⁹⁹ Hugo Llanos M., *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, Pág. 14.

³⁰⁰ C.E., Art. 417.

3. Los actos de gobierno y poder público deben subordinarse a la Constitución. No se prevé la posibilidad de un conflicto entre actos que estando de acuerdo con la normativa internacional, sean opuestos al ordenamiento local.
4. Únicamente los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por el Estado, prevalecen sobre normas jurídicas inferiores y actos del poder público. Esto excluye expresamente la aplicación de principios consuetudinarios de derecho internacional, aun cuando estén vinculados al *ius cogens*.³⁰¹

En cuanto a la prevalencia u orden jerárquico de aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, la República del Ecuador³⁰² establece la siguiente gradación:

1. La Constitución;
2. Los tratados y convenios internacionales;
3. Las leyes orgánicas;
4. Las leyes ordinarias;
5. Las normas regionales y las ordenanzas distritales;
6. Los decretos y reglamentos; y,
7. Los acuerdos y las resoluciones.

El determinar que la C.E. prevalece sobre toda norma vislumbra que cualquier posible conflicto entre sus disposiciones frente a compromisos internacionales adquiridos debe ser resuelto por la CrCE, lo cual resulta definitivo o propio de una visión pretoriana, sin embargo, ante tribunales internacionales que conozcan posibles reclamaciones sobre responsabilidad internacional del Estado, necesariamente se deberán aplicar principios de equidad.³⁰³ Es decir, no tendría éxito la defensa que alegue la jerarquía del derecho público

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² C.E., Art. 425.

³⁰³ Resulta por demás interesante el análisis histórico entre la obediencia al formalismo, y el posible sacrificio de la equidad. La Lex Aebutia de Formulis (150AC) introdujo los procedimientos de equidad como forma de equilibrar el valor supremo de la justicia con el cumplimiento de mandatos normativos. En la práctica, los procedimientos en equidad tuvieron un desarrollo conceptual en el sistema anglosajón que establecieron los llamados remedios en “equity”. Pese a que jamás se ha aplicado el procedimiento de equidad en Ecuador, cabe destacar que la C.E. establece en el Art. 169 que el sistema procesal es un medio

local para no cumplir normas de menor jerarquía o contratos, tratándose de demandas internacionales.

Una corte constitucional no tendría capacidad supranacional para regular o solucionar los llamados conflictos de leyes propios del derecho internacional.³⁰⁴ La teoría conflictualista de naturaleza *ius privatista* si bien incluye en su ámbito al derecho procesal y al derecho público, no tiene como objetivo depurar el sistema normativo local para excluir disposiciones, pretendiendo hallar soluciones respecto a interrogantes sobre la ley aplicable, considerando que, la determinación de responsabilidad del Estado no depende de lo que digan sus propios órganos o instrumentalidades, incluidos los órganos constitucionales, jurisdiccionales y administrativos.

En tal sentido, un tribunal internacional al juzgar una posible responsabilidad atribuible a un Estado soberano, en mayor o menor medida deberá realizar una ponderación entre el *ius strictum* y el *ius aequum*,³⁰⁵ lo cual implica efectuar un análisis filosófico que desborda el mandato jerárquico de prevalencia de normas. La casuística ha demostrado que los tribunales internacionales buscan la equidad sobre el cumplimiento de formalidades que pueden resultar como defensa de los Estados.

Cabe preguntarse acaso si ¿las obligaciones internacionales se subordinan o no al derecho local?, y si ¿las obligaciones internacionales se subordinan simultáneamente a un derecho local e internacional? o ¿cuál es la fuente de donde nacen las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional?.

En última instancia, es claro que las obligaciones internacionales van más allá de un esquema de cortesía y reciprocidad³⁰⁶ y que las disputas entre Estados no tienen un

para la realización de la justicia, sobre los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y debido proceso, agregando que, no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades.

³⁰⁴ Los conflictos de leyes teóricamente tratan sobre temas complejos, tales como: Lex causae, Characterisation, Renvoi, Incidental question, Choice of law, Hague Conference, Lex Fori, Forum non Conveniens, Lex Arbitri, Forum shopping, etc.

Cabe mencionar que, la complejidad de su temática no ha sido ni modificada y aligerada por el derecho constitucional. El derecho internacional privado, tampoco ofrece repuestas absolutas, ya que cada caso amerita la construcción de argumentos que pueden ser o no acogidos por quien debe aplicar su propia ley, aplicar una ley extranjera, una norma internacional o remitir el conocimiento de la causa a otra jurisdicción.

³⁰⁵ Este dilema se mira en extremo en los juicios de Nuremberg, donde existe una confrontación de normas tanto procesales como sustantivas, frente a una aspiración de administrar justicia y sancionar actos que afectan al derecho internacional, desde una visión naturalista.

³⁰⁶ Si bien la cortesía y la reciprocidad tienen un rol predominante en la esfera internacional, no constituyen una doctrina suficiente para explicar la existencia y funcionamiento del derecho internacional. Sobre el

carácter de protección diplomática sobre la naturaleza jurídica,³⁰⁷ ya que las consecuencias son de derecho y no meramente de política exterior. Es evidente que un Estado no puede invocar su derecho local como defensa ante una disputa por presuntas violaciones del derecho internacional. Un Estado no es responsable únicamente por violentar reglas internas, sino por quebrantar compromisos internacionales.

Aquella regla se ejemplifica en las llamadas reclamaciones de Alabama,³⁰⁸ en las que se concedió a U.S. una indemnización por daños y perjuicios contra Gran Bretaña por el incumplimiento de obligaciones de derecho internacional. Este precedente no solo ha sido aplicable a temas de neutralidad en conflictos internacionales, sino que constituye también un precedente general sobre la responsabilidad jurídica de los Estados.³⁰⁹

La incorporación de los tratados internacionales dentro de la legislación nacional obedece principalmente al hecho real de que existen eventos que van más allá de la frontera de la validez y la eficacia de las constituciones y, en general, de las legislaciones y del alcance de los poderes estatales. El poder estatal, en muchas ocasiones, no es siempre suficiente para garantizar los derechos de las personas frente a eventos ultraestatales, por ello, se van diluyendo las incompatibilidades entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

Ante la pregunta de: ¿por qué se deben incorporar los tratados internacionales a la legislación nacional?, se observa la existencia de dos órdenes diferentes, uno internacional y otro interno, distinción que va más allá de la misma teoría de los tratados pero que, sin embargo, es donde mejor puede evidenciarse.

Igualmente, al ser el derecho internacional más amplio, ante los compromisos constantes en tratados cabe la pregunta de si ¿debe el Estado respetar todo el derecho internacional o únicamente las obligaciones previstas en tratados que han sido incorporados al derecho local, a través de los mecanismos por éste previstos?. Adicionalmente, si un compromiso internacional legítimo no consta instrumentalmente en un tratado, ¿debe o no ser respetado?. Una reflexión positivista o naturalista dará una respuesta diametralmente

tema ver: Joel R. Paul, "Comity in international law", *Harvard International Law Journal* 32(1), 1991, Págs. 1-80.

³⁰⁷ Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd Case (Belgium vs. Spain) ICJ Rep 1970.

³⁰⁸ United States vs. Great Britain 1869.

³⁰⁹ El tribunal estuvo integrado por representantes de Gran Bretaña: Sir Alexander Cockburn; Estados Unidos: Charles Francis Adams; Italia: Federico Sclopis; Suiza: Jakob Stämpfli; y, Brasil: Marcos Antônio de Araújo, segundo barón de Itajubá.

contraria, sin contar sobre los posibles argumentos que los Estados soberanos pueden desarrollar para sustentar su poder.

El avance del derecho internacional y la posibilidad de demandar a un Estado soberano ante cortes internacionales podría dar a entender que la tradicional discusión entre las teorías monistas y dualistas ha sido superada.³¹⁰ No obstante, en la práctica, no puede desconocerse la estructura constitucional de cada Estado respecto a las reglas internas necesarias para dar validez a un instrumento internacional. Por otra parte, surge la inquietud de: ¿hasta qué punto es posible que el derecho internacional juzgue al derecho local, o viceversa?

Hugo Grocio, a través de su obra *De Iure Belli Ac Pacis* (1625),³¹¹ la cual permitió una sistematización del derecho internacional, puso énfasis fundamentalmente en el derecho natural. Así mismo, la amplia obra de Francisco de Vitoria se centró en el derecho natural, bajo el entendido de que las actuaciones del Estado tenían un límite moral, postura que resulta opuesta a la de Nicolás Maquiavelo, quien entendía que nadie podía juzgar moralmente al poder del Estado. Finalmente, Samuel Freiherr von Pufendorf, sobre la base del estudio de la obra de Thomas Hobbes, logró plasmar en su obra *De Iure Naturae et Gentium* (1672) la idea de la existencia y prevalencia de una norma suprema aplicable para todas las naciones.³¹²

Las ideas *ius naturalistas*, sin lugar a dudas, dieron cuerpo al derecho internacional y también motivaron a Alexander Hamilton, James Madison y Thomas Jefferson, pensadores y operarios de la arquitectura constitucional de U.S.

³¹⁰ Esa afirmación no es absoluta en términos filosóficos ya que encarna la relación del derecho natural y positivo. En visiones extremas, incluso se discute sobre la misma existencia del derecho internacional y su vigencia sin normas locales coercitivas. En ese orden de ideas, se ha entendido que: “In principle, international law operates only at the international level and not within domestic legal systems—a perspective consistent with positivism, which recognizes international law and municipal law as distinct and independent systems. Conversely, advocates of natural law maintain that municipal and international law form a single legal system, an approach sometimes referred to as monism. Such a system, according to monists, may arise either out of a unified ethical approach emphasizing universal human rights or out of a formalistic, hierarchical approach positing the existence of one fundamental norm underpinning both international law and municipal law”. Encyclopedia Britannica, 2020. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/international-law/International-law-and-municipal-law#ref794893>

³¹¹ Hugo Grocio, “De Iure Belli Ac Pacis” (1625), *Revista de estudios históricos -jurídicos* n.26, Valparaíso, 2004, Pág. 170.

³¹² Samuel Freiherr von Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo*, Sumtibus Adami Junghans iprimebat Vitus Haberegger, 1672.

La noción de que el poder público se somete a un orden superior es abiertamente opuesta a las referencias positivistas, que entienden que el poder público es la fuente y el fin de toda norma. El positivismo también llegó al derecho internacional contribuyendo al debate sobre la relación y/o existencia de dos órdenes, uno local³¹³ y otro internacional. Sobre el tema, Anthony O'Brien-Thomond agrega lo siguiente: “in the science of international law, the nineteenth century marks the flourishing of positivism. This means, first of all, that the conception of the law of nature and the kindred one of just war were to all intents and purposes abandoned- the consummation of a process which had started in the seventeenth century. The science of international law was now definitely conceived of as legal or juridical. It was severed from philosophy, theology, and considerations of policy, all of which had been ingredients of the law of nature. Generally, a clear line of demarcation was drawn between the actual law of nations and the law of nations as it ought to be”.³¹⁴

Por lo expuesto, las nociones monista y dualista tienen un fundamento filosófico de análisis sobre el poder público y sus limitaciones. Si bien para las autoridades públicas locales la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno junto a la jerarquización normativa es sustancial, para la determinación de responsabilidades los tribunales internacionales se inclinarán más por nociones elementales y básicas como la *buena fe* y el *pacta sunt servanda*, que constituyen el fundamento central del derecho de los tratados.³¹⁵

2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.

Los tratados internacionales representan una parte importante del derecho internacional, considerando que su universo es más amplio. El derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens* pueden constar en tratados internacionales, sin embargo, existen más allá de ellos.

³¹³ Según la base de datos Lexis Finder, en Ecuador existen más de 350.000 normas. Disponible en: www.silec.com.ec

³¹⁴ Anthony H. O'Brien-Thomond, “Positivism and Monism in International Law”, *Franciscan Studies*, Vol. 8, No. 4, Nueva York, 1948, Pág. 327.

³¹⁵ Convención de Viena de 1969.

Por otro lado, un funcionario público puede ocasionar responsabilidad internacional del Estado, sin que haya afectado tratados, bajo el supuesto de que haya lesionado el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*.

En relación con la responsabilidad internacional del Estado, los tratados internacionales tienen un rol transcendental, tomando en cuenta que el derecho internacional es más elemental en su creación que el derecho local. Así, el derecho internacional se caracteriza por una dinámica más lenta, ya que por su configuración no puede tener el ritmo de cambio que sí tiene la regulación local en general. Incluso se ha llegado a plantear que los métodos de creación del derecho internacional no son tan sofisticados.³¹⁶

En todo caso, se debe tener presente que el derecho internacional desborda ampliamente el cuerpo material del derecho escrito constante en tratados internacionales.

El derecho internacional puede ser consuetudinario o escrito, esto marca una diferencia entre el derecho positivo y el derecho natural. Objetivamente, los tratados internacionales son la forma más cercana al derecho positivo y se concretan a través del acuerdo de dos o más partes, cumpliendo formalidades y solemnidades tanto en el ámbito internacional como en el interno. Sin embargo, no existe un mandato exhaustivo en cuanto a su forma y se entiende que prima la libertad de las partes, siempre que aquello no implique la transgresión del orden público internacional o los principios perentorios.

No se puede decir que los tratados incluyen a todo el derecho internacional, incluso el DTCV³¹⁷ ha reconocido un espacio para las normas principales o perentorias. Adicionalmente, cabe analizar si un Estado que no es parte de la referida convención tiene o no la misma obligación de respetar los compromisos internacionales, tomando en cuenta que únicamente 116 Estados son parte de la misma, lo cual representa una cifra corta considerando los 164 Estados parte de la Convención de Nueva York.³¹⁸

Por ejemplo, uno de los países más importantes en las relaciones internacionales como es el caso de U.S., no ratificó el DTCV, sin perjuicio de que sea observado en la categoría

³¹⁶ Sobre el tema ver: Arnold D., Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 1986, Pág. 542.

³¹⁷ Convención de Viena. U.N. Doc A/CONF.39/27, 1969.

³¹⁸ Convención de Nueva York, 1958.

de derecho consuetudinario *Customary Law*,³¹⁹ que en el ámbito internacional se refiere al llamado *Law of Nations*, que a su vez encarna los principios más altos e inderogables entre los cuales constan el *ius cogens*³²⁰ o *peremptory norm*.³²¹

Es decir que un Estado podría ser internacionalmente responsable no solo en base a los tratados internacionales, sino sobre la prevalencia de principios superiores de derecho internacional.³²² De esta manera, se ha expresado que el DTCV “confirmed the existence of peremptory norms of international law (*ius cogens*) they were conceived, like Roman *jus publicum*, as absolute law that could not be altered by the will of individual States. Scholars then transformed the concept into the manifestation of public policy (ordre public). They also argued for widening the scope of its application to unilateral legal acts and customary international law. A recent trend in academic theory assigns *jus cogens* an essential role in the constitutionalization of international law, postulating it either as hierarchically higher order or as embodying the constitutional principles. In view of the rashness of scholars in proclaiming the peremptory character of norms and also of the inexpertness of the European and national courts in applying supposedly peremptory international norms in their decisions, it seems better to keep *jus cogens* at its original task”.³²³

En este sentido, sería más adecuado analizar la prevalencia del *ius cogens* con las normas internas de un Estado, que hacerlo respecto de los tratados internacionales. En un sentido hipotético, compromisos internacionales formalmente válidos podrían afectar al derecho internacional, de ahí la limitación de que existan convenios secretos. En el marco de la Sociedad de Naciones tuvo lugar la iniciativa de publicar y registrar todos los tratados

³¹⁹ El derecho consuetudinario podría codificarse, sin embargo, el hecho de no constar en una norma escrita tampoco le resta valor jurídico. Thomas W., Bennett, and Ton Vermeulen, “Codification of Customary Law”, *Journal of African Law*, 24(2), 1980, Pág. 230.

³²⁰ Mysore G. Narasimhaswamy, “Jus Cogens and International Law.”, *Journal of the Indian Law Institute*, 14(3), 1972, Pág. 348.

³²¹ Katherine Eun-Jung Kim, “Acceptability, Impartiality, and Peremptory Norms of General International Law”, *Law and Philosophy*, 34(6), 2015, Págs. 661-697.

³²² Un ejemplo sobre la validez de las normas perentorias es el caso Supreme Court of Nevada: Michael DOMINGUES, Appellant, vs. The STATE of Nevada, Respondent. No. 29896, 1998. Dicho caso trata sobre la prevalencia del derecho internacional y el derecho local, respeto de la ejecución de la pena de muerte de una menor de edad. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/nv-supreme-court/1447920.html>

³²³ Karl Zemanek, “The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?”, in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Part V Jus Cogens beyond the Vienna Convention, 23, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2011, Pág. 402.

internacionales, de este modo, “todo tratado o compromiso internacional celebrado en lo futuro por un miembro de la Liga, deberá ser inmediatamente registrado y publicado por la Secretaría a la brevedad posible. Ninguno de esos tratados o compromisos internacionales será obligatorio antes de que haya sido registrado.”³²⁴

El mismo espíritu de publicidad fue adoptado posteriormente por la ONU, con el siguiente tenor: “todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas.”³²⁵

La doctrina ha desarrollado teorías sobre los tratados internacionales prohibidos, los cuales carecerían de validez por oponerse a principios superiores del derecho internacional, ante lo cual, algunos autores han expuesto lo siguiente: “a treaty norm is void if it is either in violation of a compulsory norm of general international law or contra bonos mores. A treaty norm is contra bonos mores if a state is prevented by an international treaty from fulfilling the universally recognized tasks of a civilized state. Such tasks are: the maintenance of the public order, the defense of the state against external attacks, the care for the bodily and spiritual welfare of its citizens at home and the protection of nationals abroad.”³²⁶

El concepto de *ius cogens*, recogido en el DTCV, constituye un mandato superior innegable, pero de contenido amplio e incluso incierto. En este esquema, la responsabilidad internacional del Estado podría vincularse más al mantenimiento de un orden superior, ligado a un derecho natural no enunciado exhaustivamente, que propiamente al cumplimiento de normas jurídicas que pueden constar en disposiciones locales o tratados internacionales. Pretender equiparar el concepto de orden público internacional a *ius cogens* generaría más preguntas que certezas, sin embargo, en algunos momentos pueden ser coincidentes. La principal diferencia radicaría en que el orden

³²⁴ Pacto de la Sociedad de Naciones 1919, Art. 18.

³²⁵ Carta de la ONU, San Francisco 1945, Art. 102.

³²⁶ Alfred von Verdross, “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on ‘The Law of Treaties’”, *The American Journal of International Law*, Vol. 31, N. 4, 1937, Pág. 577.

público se encuentra moderado por los usos y costumbres prevalentes en un lugar o época,³²⁷ en tanto que el *ius cogens* se entiende permanente e inmutable.

Aun con un amplio esfuerzo por elaborar exhaustivos tratados internacionales, que podrían posteriormente ser objeto de reservas o simplemente no ser ratificados, resulta una tarea muy compleja regular los temas de responsabilidad internacional del Estado. Finalmente, será la *opinio iuris* del juzgador la que vinculará una conducta a la disposición de un tratado internacional o al *ius cogens* como ordenamiento superior. Aquello puede verse, entre otros casos, en el conocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional denominado como República del Congo vs. Ruanda³²⁸, donde se expresó que la jurisdicción de la Corte también se derivaba de la supremacía de las normas imperativas o *ius cogens*.

De otro lado, los casos resueltos por la CPI han vinculado al genocidio y la tortura con el principio del *ius cogens*, pese a que su funcionamiento se da en base a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998,³²⁹ que fue un tratado internacional abierto a la firma y ratificación de los Estados miembros de la comunidad internacional.³³⁰ La expresión *hostis humani generis*, que hace mención a los enemigos del género humano, tiene una alta carga moral, así, los perpetradores de crímenes horribles, según las nociones de justicia internacional, entran en dicha categoría.

Resulta interesante el cuestionamiento en torno a la necesidad o no de un tratado internacional previo y vigente para que un Estado pueda juzgar actos atroces cometidos en el extranjero. En Estado Unidos de Norteamérica, dentro del caso *Filártiga vs. Peña-Irala* (1980)³³¹, la excepción *forum non conveniens* ha sido expuesta como tema procesal de competencia y no como defensa de fondo. Al efecto, la existencia de leyes locales con efectos transfronterizos llama la atención, ya que en principio aquello debería ser materia regulada en tratados internacionales. No obstante, las leyes conocidas como: a) *Alien Tort Statute*³³² y b) *Federal Tort Claims Act*³³³, sin lugar a dudas han permitido juzgar actos

³²⁷ Ese ha sido el criterio de la CIJ.

³²⁸ International Court of Justice, *Democratic Republic of Congo vs. Rwanda*, 2002. Referencia disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/126>

³²⁹ Estatuto de Roma, 1998.

³³⁰ El tema será tratado en extenso en el Capítulo IV.

³³¹ *Filártiga vs. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

³³² *The Alien Tort Statute*, 28 U.S.C. § 1350.

³³³ *The Federal Tort Claims Act* 1946, ch.646, Title IV, 60 Stat. 812, 28 U.S.C. Part VI, Chapter 171 and 28 U.S.C. § 1346.

atrocios cometidos en el extranjero. De otro lado, a pesar de que en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*³³⁴, la Corte Suprema de U.S. reflexionó que la presunción contra la extraterritorialidad se emplea a las reclamaciones bajo el Estatuto de *Alien Tort*, la aplicación extraterritorial de dichas leyes sigue vigente.

El vínculo entre los tratados internacionales y los conflictos armados es otro punto que confronta al derecho positivo y al derecho natural en la determinación de responsabilidad internacional del Estado. Se trata de un tema indefinido, salvo por los crímenes de lesa humanidad que pueden ser perseguidos ante la CPI.

En general, sobre la materia no existen normas objetivas ni previsibles, motivo por el cual, será la casuística la que presente soluciones a las controversias que determinen responsabilidades del Estado. De este modo, no siempre y en todas las circunstancias un conflicto armado produciría los mismos efectos en la terminación o suspensión de la aplicación de un tratado. Incluso se llega a dudar, con razón, de la existencia de normas generales al respecto. Lo dicho se resume con toda claridad por Juan Santos Vara, al indicar que: “no es fácil determinar si estamos ante una materia en la que el Derecho internacional general no proporciona respuestas claras o, más bien, si se desconoce la práctica seguida por los Estados en los últimos tiempos. No obstante, ambas cuestiones están claramente entrelazadas.”³³⁵ Ante un número muy reducido de casos en los que se puede detectar dicha práctica sería complejo establecer la existencia de normas y principios de derecho internacional que aborden la materia, pues no resultan suficientemente relevantes para poder forjar normas de derecho internacional general.³³⁶

Ahora, en asuntos comerciales y de inversión, los tratados internacionales tienen una prevalencia mayor para la regulación de las posibles reclamaciones en las que se pretendan determinar responsabilidades internacionales del Estado. El primer TBI data de pocas décadas atrás,³³⁷ pero aun tales instrumentos, que suelen mostrar de forma expresa compromisos para someter las disputas a arbitraje de inversión,³³⁸ al momento de

³³⁴ *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108, 2013.

³³⁵ Juan Santos V., “El efecto de los Conflictos Armados en los Tratados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 2006, Pág. 152.

³³⁶ Cástor M. Díaz B., “Tratados Internacionales y Conflictos Armados: Una Cuestión Siempre Pendiente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 2012, Pág. 12.

³³⁷ El primer instrumento internacional de tal naturaleza fue el tratado internacional conocido como: *Germany - Pakistan BIT (1959)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1732/germany---pakistan-bit-1959->

³³⁸ Por ejemplo, el texto utilizado en el Tratado suscrito entre Ecuador y República Dominicana expresa:

resolver controversias aplican principios internacionales en base a estándares que no constan detallados en ellos ni en la ley local.

De este modo es evidente que la responsabilidad internacional del Estado se da mayoritariamente sobre la base de tratados internacionales, sin embargo, la casuística no se limita a ellos ya que, incluso en disputas sobre tratados, un tribunal internacional puede aplicar reglas generales de derecho internacional.

3. CONFORMIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON EL ORDENAMIENTO INTERNO Y SU CASUÍSTICA.

La hipótesis de la investigación establece la existencia de una desconexión entre el derecho internacional y el derecho local que conlleva la potencial condena internacional al Estado, incluso por actos o hechos válidos y legales a la luz del ordenamiento jurídico interno.

De hecho, el derecho local no tiene una correlación de sombra a cuerpo con el derecho internacional, lo que genera la posibilidad de que actos plenamente legales sean condenados internacionalmente en ciertos casos con justificación clara, y en otros, de forma difusa al establecerse estándares comparativos que no tienen una correspondencia objetiva.

Los tratados internacionales son la fuente primigenia sobre la cual se sustentan los compromisos y obligaciones internacionales, los cuales tienen diversas formas de interacción con el derecho local.³³⁹ Básicamente, los tratados internacionales no instituyen compromisos ilegítimos, leoninos o lesivos a derechos, es más, su legitimidad encarna validez y representa su exigibilidad, sin que se excluya la posibilidad efectiva de que existan tratados internacionales que deban ser declarados nulos por violar preceptos mínimos de derecho internacional.

“Art. 12.2. Cuando las Partes Contratantes no llegaren a un Acuerdo dentro de (6) meses a partir del inicio de la controversia, ésta será sometida, a solicitud de cualquiera de ellas a un tribunal de arbitraje compuesto por tres (3) miembros”. Sobre el tema ver: Acuerdo Para La Promoción y protección de Inversiones entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Dominicana, 1998.

³³⁹ Sobre el tema ver: Edward Grosek, “Researching International Treaties”, *GP, Solo & Small Firm Lawyer*, 16(7), 1999, Págs. 51-52.

Guardando las distancias *ius civilistas*, los tratados internacionales personifican negocios jurídicos bilaterales o multilaterales que son beneficiosos para los suscriptores, salvo el caso de imposiciones unilaterales de condiciones bajo amenaza o fuerza. Al respecto, en el Art. 2.4 de la Carta de la ONU se establece que sus miembros se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado.³⁴⁰ En un inicio, Estados que tienen prácticas inmorales podrían o pretenderían lograr acuerdos internacionales alejados de la justicia y la sana razón.

Cabe también la posibilidad de que existan tratados contrarios al orden público internacional que violen principios, incluso de naturaleza constitucional. Visto aquello, los tratados internacionales acordados en oposición al *ius cogens*, según la doctrina, se refutan nulos por vicio de objeto. La noción del *ius cogens* tiene un carácter más práctico que teórico, ya que este concepto no está definido ni referido con ejemplos en la DTCV.

Como ya se ha referido con anterioridad, el *ius cogens* constituye el derecho impositivo inderogable, en contraposición al derecho subjetivo o *ius dispositivum* y tiene por propósito tutelar derechos de carácter público general, con un interés y aplicación *erga omnes*.³⁴¹ Así mismo, como se mencionó en el acápite anterior, la hipótesis de que existan tratados contrarios al orden público internacional o violatorios de derechos fundamentales, únicamente podría tener asidero bajo el amparo de tratados secretos que, como tales, no hayan cumplido con la obligación prevista en el Art. 102 de la Carta de la ONU,³⁴² que dispone la necesidad de que los tratados sean registrados y publicitados por su Secretaría. La publicación en los llamados “Recueil des Traités- Treaty Series”, al igual que un registro o boletín oficial local, cumple con la función de publicidad para que los tratados sean exigibles, caso contrario, dicha práctica presumiría la violación del *ius cogens*.

Los tratados internacionales, como todo compromiso jurídico válido, deben tener una causa y un objeto lícito, noción pegada a la concepción romanista, puesto que en el *common law* dichos elementos no son conocidos en la teoría contractual, la cual se

³⁴⁰ Carta de la ONU, 1948.

³⁴¹ Lenin Navarro M., *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo IX-I, Bibliográfica OMEBA, México D.F., 2011, Pág. 200.

³⁴² *Ibidem*.

encuentra fundamentada en la llamada “*consideration*”,³⁴³ doctrina que no ha sido usada en los tratados internacionales y despierta inquietudes conceptuales, aún para los anglosajones “in spite of all that has been written and said in explanation of the doctrine of consideration, the law is still far from clear upon the subject.”³⁴⁴

La teoría internacional habla de nulidad de los tratados, más no contempla la posibilidad de que puedan ser declarados inconstitucionales, ya que la invocación del derecho local no faculta a desconocer compromisos internacionales.³⁴⁵ En este sentido, el DTCV determina que un tratado puede ser nulo cuando se verifiquen las siguientes causales: error, dolo, corrupción y coacción, las mismas que no se derivan de la falta de conformidad o armonía con un texto constitucional en particular, sino, por el contrario, de violaciones a tratados internacionales que en su conjunto representan el derecho de los tratados, esto es la Convención de Viena,³⁴⁶ la Convención sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados,³⁴⁷ la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales.³⁴⁸

Puntualmente, Ecuador no ha exigido la nulidad de tratados internacionales, salvo el reclamo mantenido por años sobre la nulidad del llamado PRJ,³⁴⁹ por considerarse que existían vicios de derecho internacional. Dicho tratado no fue consensuado ni tuvo un

³⁴³ Sobre el tema ver: Lon L. Fuller, “Consideration and Form”, *Columbia Law Review*, Vol. 41, No. 5, 1941, Págs. 799-824.

³⁴⁴ Clarence D. Ashley, “The Doctrine of Consideration”, *Harvard Law Review*, vol. 26, No. 5, 1913, Pág. 429.

³⁴⁵ Respecto del principio *pacta sunt servanda*, constante en el Art. 27 de la Convención de Viena, y a la posible inconstitucionalidad de los tratados internacionales, se ha reflexionado lo siguiente: “resultan paradójicas dos situaciones: (i) que la Corte Constitucional tenga la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica empleando normas internacionales sin reconocerles su primacía y (ii) que los jueces aunque cuentan con la facultad de aplicar la denominada excepción de constitucionalidad —incluye la Constitución y el bloque—, solo puedan inaplicar la norma jurídica para un caso en concreto sin poder declarar su inconstitucionalidad. Esta situación, aunque parece extraña, es compartida por una gran parte de los ordenamientos jurídicos americanos, que de antaño han diferenciado las normas provenientes del derecho internacional y aquellas proferidas por sus cuerpos colegiados de elección popular. En razón de esta disyuntiva, se han presentado serias incompatibilidades entre las normas internacionales ratificadas o aceptadas por los Estados y la regulación propia de los Estados”. Manuel A. Restrepo M., *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, Editorial Universidad del Rosario, ProQuest Ebook Central, Bogotá, 2017, Pág. 271.

³⁴⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1969.

³⁴⁷ Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados de 1978, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1946, N. 33356, Pág. 3.

³⁴⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³⁴⁹ Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro, 1942.

carácter bilateral, sino que se caracterizó por la imposición de condiciones postguerra a consecuencia de una intervención armada y amenaza de futura violencia.

En torno a dicho episodio, no se discutió sobre la constitucionalidad o no del cercenamiento en más de la mitad del territorio nacional, esto es de 300.000 km²,³⁵⁰ sino que la argumentación se centró en la legitimidad internacional del instrumento. Pese a lo mencionado, las consecuencias del citado instrumento tuvieron repercusiones en la delimitación del país,³⁵¹ sin que el derecho internacional haya determinado todavía la figura de la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de imposiciones limítrofes por la fuerza.

Si la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico local despierta inquietudes doctrinales, la constitucionalidad de los tratados internacionales lleva reflexiones jurídicas internas de alta complejidad tales como, por ejemplo, la posibilidad de que un tratado internacional válido pueda o no ser posteriormente declarado inconstitucional, a consecuencia del cambio de la legislación interna.

Lo dicho sobre la premisa de que no todos los compromisos internacionales se fundamentan en tratados, sino en nociones superiores como el *ius cogens*. Aun en un supuesto extremo de que un Estado no haya suscrito tratado alguno, o haya denunciado todos los existentes, éste no estaría exento de cumplir con sus compromisos internacionales. La interrogante se amplía si se toma en cuenta la posibilidad de que existan los llamados tratados con efectos legales o contractuales.

Inicialmente los tratados, salvo en los casos específicos de armonización del derecho derivado mayormente de procesos de integración, no buscan uniformar leyes locales y tampoco son un símil a ley, ya que la ley en estricto sentido es un dictado soberano que no se estipula entre partes, puesto que no existen órganos legislativos supranacionales, salvo el caso de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales que otorgan facultades limitadas sobre una materia en particular y respecto de quienes lo han consentido.

³⁵⁰ Sobre el tema ver: Efrén Avilés P., “Enciclopedia del Ecuador”, *Protocolo Río de Janeiro*, 2010. Disponible en: <http://www.encyclopediadelecuador.com/historia-del-ecuador/protocolo-rio-de-janeiro/>

³⁵¹ Álvaro R. Chiriboga G., *El Protocolo de Río de Janeiro: estudio sobre la revisión, nulidad, Inejecutabilidad, transacción honrosa o mantenimiento de la herida abierta. Solución al problema territorial ecuatoriano-peruano*, Quito, 1988. Pág. 114. Disponible en: <http://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/4148>

Una pregunta que a su vez abre varios interrogantes es si los contratos internacionales pueden ser declarados inconstitucionales. En el ámbito internacional, suscribir compromisos bajo la intención de declararlos ilegales o inconstitucionales denotaría un *animus infrigendi* contrario al principio de *buena fe* que nutre al *pact sunt servanda*. Si un tratado o compromiso no es internacionalmente nulo o anulable, debería ser cumplido sin consideraciones al derecho local.

Entre la casuística relevante destaca el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*,³⁵² en el que se estableció que el incumplimiento de tratados internacionales en base a normativa interna viola el artículo 27 del DTCV y, consecuentemente, genera responsabilidad internacional del Estado. En definitiva, nadie puede respaldarse en su propia legislación para terminar o limitar el alcance de sus obligaciones internacionales, incluso utilizando normas constitucionales opuestas al derecho internacional.

En este contexto, el Ecuador declaró la inconstitucionalidad de los TBIs sobre la base de su ley suprema, dictada con posterioridad. Los argumentos esgrimidos hubiesen sido aplicables para tratados multilaterales en el caso de que Ecuador los hubiera suscrito con la Unión Europea³⁵³ y U.S.³⁵⁴ El haber declarado la inconstitucionalidad de los TBIs que establecían obligaciones recíprocas conlleva cuestionamientos, ya que no existen nulidades sobre compromisos recíprocos, esto porque los vicios del consentimiento no pueden afectar a ambas partes, sino que necesariamente debe existir un perjudicado e ilegítimo beneficiario.

La C.E. al abordar el tema determina que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requiere la aprobación previa de la AN 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

³⁵² *Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary vs. Slovakia* 1997.

³⁵³ Sobre el tema ver: Noticia, Ecuador rechaza tratado de libre comercio con la UE, Deutsche Welle (DW), 2012. Disponible en: <https://www.dw.com/es/empresa/qui%C3%A9nes-somos/s-31839>

³⁵⁴ Sobre el tema ver: Noticia: Correa reiteró su rechazo al TLC, Diario El Universo, 2010. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2010/06/22/1/1355/rafael-correa-reitero-rechazo-tlc.html>

jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.³⁵⁵

No se podría 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. Al respecto, se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establecen la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. Agrega la C.E. que no podrán intervenir jueces de los Estados que, como tales, o sus nacionales, sean parte de la controversia, precisando que en el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.³⁵⁶

Por su parte, corresponde a la CrCE ejercer, entre otras, la atribución de “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias”, siendo sus decisiones vinculantes.³⁵⁷ Al respecto, la CrCE debe emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad cuando se trate de tratados internacionales, antes de su ratificación por parte de la AN.³⁵⁸

Sin duda, la existencia de un filtro de aprobación parlamentario junto al pronunciamiento de constitucionalidad permite la correcta incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico local, tomando en cuenta, adicionalmente, el proceso de creación que implica: a) Negociación, b) Adopción, c) Ratificación, d) Manifestación de Reservas, e) Depósito, f) Promulgación, y g) Registro.

Conceptualmente, un tratado internacional que ha sido declarado inconstitucional es anulable, y el Estado estaría en la obligación de hacer todo lo posible por dejarlo sin efecto, puesto que no tendría sentido declarar la inconstitucional de un instrumento internacional para posteriormente no denunciarlo, sin perjuicio de que la denuncia no

³⁵⁵ C.E., Art. 419.

³⁵⁶ Ibidem, Art. 422.

³⁵⁷ Ibidem, Art.436.

³⁵⁸ Ibidem, Art.438.

requiera justificaciones legales previas, al ser un acto meramente volitivo que no debe explicarse más allá del deseo de quien quiere terminar con el compromiso.³⁵⁹

El tema de equiparación o supremacía entre tratados internacionales y la Constitución debería ser determinante para admitir o no la posibilidad de aducir posibles incompatibilidades o inconstitucionalidades de los primeros. En el escenario de que existiera equiparación del tratado internacional a una norma constitucional, no tendría sentido la declaratoria de inconstitucionalidad en la misma razón o extensión de normas subordinadas. Es evidente el actuar de un juez ordinario o de la CrCE cuando tiene que tratar el caso de una ley que contraviene la Constitución, no obstante, resulta difícil determinar su actuar cuando artículos³⁶⁰ o capítulos de una misma Constitución tienen contradicciones, en cuyo evento: ¿cómo podría declararse la inconstitucionalidad de una norma constitucional?

Si existe primacía de un tratado internacional sobre la norma constitucional: ¿podría o no entenderse que existe una limitación para reformar la Constitución de la República, como forma de garantizar la prevalencia de esos derechos, principalmente en temas de derechos humanos?. Limitar al Poder Constituyente, que por naturaleza es ilimitado e incontrolado, ciertamente representa dificultades conceptuales, lo que resulta más evidente en cuestiones referidas al *ius cogens* y cuando las reformas constitucionales pretenden el incumplimiento de compromisos internacionales legítimamente asumidos.

Si un tratado internacional versa sobre derechos humanos, al tener en su denominación tal significado, un análisis nominalista facilitaría grandemente el tema, sin embargo, sería el menos adecuado. Por otro lado, en tratados de libre comercio o de inversión, aparentemente ajenos a asuntos que contienen reglas sobre derechos humanos y garantía de derechos superiores, podría aducirse cuestiones que pueden ir desde el trato no discriminatorio hasta el resarcimiento por violaciones. Es innegable, que aspectos de debido proceso, como el derecho a la defensa, son reconocidos como asuntos de derechos

³⁵⁹ Haciendo un símil con el derecho de las obligaciones, un contrato puede ser terminado de mutuo acuerdo o unilateralmente por algún incumplimiento. El hecho de que un contrato sea terminado no significa que sea ilegal o violatorio del orden público. Ahora, si un contrato es ilegal o violatorio del orden público debe ser declarado nulo y no terminado, de la misma forma que un contrato que cumple con todos los requisitos de validez. La terminación y la invalidez son cuestiones distintas.

³⁶⁰ En el caso de Ecuador es evidente la contradicción entre el Art. 190 y el Art. 422 de la C.E., respecto al arbitraje internacional. ¿Por qué elevar al arbitraje a materia constitucional? ¿Por qué limitar al arbitraje en la misma Constitución? ¿Por qué redactar estos artículos con posterioridad a la adopción de compromisos internacionales válidos?

humamos, aunque puntualmente hagan referencia a temas tributarios, comerciales, u otros.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁶¹ establece métodos de interpretación constitucional y reglas de interpretación jurídica, sin embargo, no lo hace respecto de tratados internacionales, pese a que la C.E. le otorga dicha atribución a la CrCE. En tal sentido, se entendería que la CrCE debe interpretar los tratados internacionales bajo los principios generales determinados, esto es: 1. Reglas de solución de antinomias, 2. Principio de proporcionalidad, 3. Ponderación, 4. Interpretación evolutiva o dinámica, 5. Interpretación sistemática, 6. Interpretación teleológica, 7. Interpretación literal. Además, se acepta de forma genérica a “otros” métodos de interpretación atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, no obstante, so pretexto de interpretación, la CrCE no puede alterar el tenor literal de ninguna de sus disposiciones.

Por lo tanto, la CrCE debe ser guardián y garante de la vigencia e integralidad de los instrumentos internacionales, sin que quepa su suplementación ni menos aún que su tenor sea extendido o restringido. En caso de interpretación, aquella debe ser favorable a la vigencia de los derechos reconocidos por la C.E., sin que sea posible modificar la Constitución sobre argumentos internacionales, peor aún si estos no son directamente vinculantes.

Básicamente se entiende que la interpretación de los tratados internacionales propende a la aplicación local de sus preceptos, por lo cual, en caso de incompatibilidad corresponde determinar la norma aplicable a través de la solución de antinomias, sin embargo: ¿qué validez internacional podría tener la interpretación de una corte local?.

La interpretación de los tratados apareja dificultades en el ámbito internacional, donde no existe certeza sobre sus métodos y alcances, por lo que si cada Estado intentaría incorporar sus normas internas de interpretación, el asunto se complicaría aún más, verbigracia: “There are today three main schools of thought on the subject, which could conveniently be called the 'intentions of the parties' or 'founding fathers' school; the 'textual' or 'ordinary meaning of the words' school; and the 'teleological' or 'aims and objects' school. The ideas of these three schools are not necessarily exclusive of one

³⁶¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 3.

another, and theories of treaty interpretation can be constructed (and are indeed normally held) compounded of all three.”³⁶²

A partir de la creación de la ONU el mecanismo adecuado para la interpretación de los tratados es, o debería ser, el previsto en el Estatuto de la CIJ,³⁶³ instrumento que integra la Carta de la ONU.³⁶⁴ El Art. 36.2.(a) de dicho estatuto establece: “2. Los Estados parte en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado.”

Por lo tanto, únicamente la interpretación internacional auténtica permitiría a los propios actores denotar el sentido y alcance del contenido de un instrumento internacional, la misma que debería preceder a la interpretación judicial, diplomática o doctrinal, sin embargo, no hay reglas para ello. En tal contexto, se entiende que la facultad interpretativa de los tratados internacionales, si bien es de las más importantes de la CrCE,³⁶⁵ no obstante, lo que diga dicha Corte no cambia el derecho internacional.

Resulta interesante el hecho de que Ecuador inició un arbitraje contra U.S.³⁶⁶ con el propósito de interpretar el contenido del Art II (7) del TBI (1993), sin que se llegue a soluciones ya que el Tribunal Arbitral, mediante un laudo (2012) se consideró incompetente.³⁶⁷ Cabe anotar, que ese tratado fue posteriormente declarado inconstitucional por el Ecuador, siendo denunciado.

Se entendería que la interpretación, ya sea literal- gramatical, teológica, histórica, sistemática, entre otras, busca desentrañar el real alcance y aplicación de lo pactado, es decir, la interpretación no ahondaría en razones para justificar la nulidad o incompatibilidad constitucional. Lo dicho además se fundamenta en el DTCV, esto es sobre la validez y continuación en vigor de los tratados. Así se entiende que: 1. La validez

³⁶² Gerald G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points*, British Year Book of International Law, 28, Nueva York, 1951, Pág. 1.

³⁶³ Estatuto de la CIJ, 1945.

³⁶⁴ Estatuto de la CIJ, Capítulo XIV.

³⁶⁵ Sobre el tema ver: Robert R. Wilson, “Interpretation of Treaties”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, 1969, Págs. 39-46.

³⁶⁶ Procedimiento conocido como: The Republic of Ecuador Vs. The United States of America, 2011.

³⁶⁷ Laudo accesible en: <https://pcacases.com/web/sendAttach/7131>. Opinión disidente (2012): <https://pcacases.com/web/sendAttach/7133>

sobre el consentimiento de un Estado no puede ser impugnada fuera del DTCV; y, 2. La terminación de un tratado, su denuncia, retiro o suspensión no puede darse sobre la base del derecho local.³⁶⁸

Sin embargo de lo dicho, dentro de la generalidad de hipótesis es evidente que pueden presentarse procesos interpretativos que pretendan restar validez legal a un instrumento internacional. Aquello, por constituir un ataque y defensa argumentativa no puede tener un proceso consensual, sino que debe ser sometido a decisión de un tercero; en tal sentido, se ha entendido que la interpretación juega un rol secundario, esto es: “the role played in deciding the meaning of a statutory term in domestic systems is largely displaced in international law by the role of the parties to the treaty. This has the effect upon the rules of interpretation that it reinforces the consensual nature of treaties, and according to some authors also that the distinction between ‘interpretation’ and ‘application’ of treaties becomes paramount within the law of treaties. On this understanding, ‘application’ opens up a wider scope for case-to-case variation than does ‘interpretation’ narrowly understood. Sir Franklin Berman set this distinction out in his dissenting opinion in *Industria Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú v Peru (Annulment)*, where he held that: ‘Whereas treaty interpretation can often be a detached exercise, it is virtually inevitable that treaty application will entail to some extent an assessment of the facts of the particular case and their correlation with the legal rights and obligations in play.’³⁶⁹

El Estado, a criterio del común de internacionalistas, no debería invocar sus normas internas, incluida las constitucionales, para restar efecto a un tratado internacional,³⁷⁰ tal como se ha expresado en el caso *Cameroon contra Nigeria*³⁷¹ donde se pretendía argumentar la invalidez de un compromiso internacional por ser violatorio a disposiciones constitucionales.

Ecuador declaró la inconstitucionalidad de todos sus TBIs sobre el argumento de que no se podían celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado cediera jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, aunque la lógica determinaría que se debía eliminar primero la disposición que contiene el arbitraje. Adicionalmente,

³⁶⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 42.

³⁶⁹ Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, 2014, Pág.15.

³⁷⁰ Malcom N. Shaw, *International Law*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, Eighth Edition, 2017, Pág. 712.

³⁷¹ *Cameroon and Equatorial Guinea (intervening) Vs. Nigeria, Judgment, Merits*, [2002] ICJ Rep 303, ICGJ 63 (ICJ 2002)

llama la atención el hecho de que los tratados suscritos con países latinoamericanos también hayan sido objeto de declaratoria de inconstitucionalidad, cuando la norma que se pretendía defender hace una discriminación favorable a ellos.

El hecho es que el proceso de declaratoria de inconstitucionalidad fue el antecedente inmediato para denunciarlos, y proseguir con su validez a través de las cláusulas de supervivencia que otorga.

4. PRINCIPIOS NO ESCRITOS.

Dentro de un análisis de la hipótesis de investigación propuesta, se podría partir del hecho de que quien cumple con la normativa legal interna, *prima facie*, no debería estar en contra de los principios del *pacta sunt servanda* y del *ius cogens*, sin embargo, aquello no es absoluto. Tanto en la teoría como en la práctica, podría darse un desencaje entre el derecho internacional y el local.

A los principios del *pacta sunt servanda* y del *ius cogens* se les atribuye una naturaleza *sui generis*, propia del derecho internacional consuetudinario, lo cual quiere decir que estarían sobre la discusión monista y dualista del derecho, así como de la necesidad o no de incorporación al derecho interno junto a una posterior jerarquización. En tal sentido, tales principios existen sin que consten necesariamente en normas positivas, dicho de otro modo, tienen una vigencia naturalista.

Lo dicho es evidente respecto de valores supremos, como la conservación de la vida en todas sus etapas, pero sin embargo no tan claro en cuanto a concesiones y prerrogativas dadas a empresas comerciales que realizan negocios o inversiones.

Parte de esta jerarquización superior de los principios proviene del hecho de que el derecho internacional no tiene la misma forma de generar y proteger derechos que el derecho local.³⁷² La llamada *opinio juris sive necessitatis*³⁷³ internacional considera que no todos los derechos pueden constar en tratados, y que algunos tratados que contienen principios fundamentales, aun cuando no hayan sido adoptados deben ser observados, como sucede con la convención el DTCV.

³⁷² Arnold D. McNair, *Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 1986, Pág. 420.

³⁷³ El acceso a tribunales internacionales es excepcional, además de que estos conocen materias limitadas.

La aplicación de la *opinio juris sive necessitatis* dentro de un juzgamiento internacional, al tener un carácter subjetivo, implica ciertas prevenciones para los representantes del Estado que podrían incurrir en responsabilidad internacional. Dentro del espectro amplio de probabilidades, es posible que una ley local (vigente que no ha sido cuestionada jurídicamente) pueda ser contraria a algún precepto internacional desconocido por el operador o funcionario público, lo cual genera la siguiente inquietud: ¿aplicar una ley mandatoria local podría acarrear responsabilidad internacional?. Aquello es un tema abiertamente complejo, más bajo la presunción de legalidad de las normas y la obligatoriedad de su aplicación.

El caso Paquete Habana,³⁷⁴ referido a barcos pesqueros incautados que estaban exentos de aprensión en el contexto de guerra según el derecho internacional constituyó un precedente para que, en futuros casos, se resuelvan controversias sobre derecho no escrito.

El Art. 38 del Estatuto de la CIJ,³⁷⁵ al establecer su competencia, contempló que no conocerá únicamente controversias derivadas de convenciones, sino también aquellas que pueden surgir respecto de la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

El DTCV encarna un intento ambicioso y encomiable al codificar las reglas mínimas que los Estados deben observar en sus relaciones y obligaciones internacionales, sin embargo, no deja de ser paradójico ya que en buena parte procura trasladar al derecho positivo el derecho internacional consuetudinario, el cual es sumamente extenso y contiene conceptos y valores supremos que difícilmente pueden ser conceptuados taxativamente por normas escritas.

Por otro lado, tampoco es permitido crear derecho positivo contrario a los principios superiores y permanentes del derecho internacional, esto es: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que

³⁷⁴ The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290, 44 L. Ed. 320, 1900.

³⁷⁵ Ibidem.

no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”³⁷⁶

El principio del *pacta sunt servanda*, si bien tiene una incidencia mayúscula en el derecho internacional y el derecho público, además tiene una naturaleza esencialmente privada ligada al derecho civil y, en particular, a la teoría del negocio jurídico. El *pacta sunt servanda* es uno de los ejes centrales del derecho internacional público.

En el ámbito anglosajón, la regla del *pacta sunt servanda* no es vista como la adaptación de una institución del derecho romano, incorporada a legislación contemporánea, sino por el contrario, es investida de un carácter moral y raigambre naturalista que llega a determinar que todas las obligaciones y contratos giran en torno al principio de “santidad”³⁷⁷ que obliga a cumplir con lo pactado.

En culturas jurídicas como la ecuatoriana, marcada por una tradición constitucional reformista y fundacional sobre la base de sus diversos procesos constituyentes³⁷⁸ y un marcado laicismo conceptual y positivismo excluyente, no se otorga el carácter de sagrado a ninguna institución jurídica ni derecho en particular y tampoco se considera la existencia de principios superiores inderogables.

La santidad del principio también despertó un análisis en el derecho internacional, una vertiente *ius naturalista* ha otorgado un sentido de santidad al principio que obliga a cumplir de buena fe con lo pactado. En tal sentido, “the followers of Grotius in the 17th and 18th centuries were unanimously in favor of the sanctity of contracts. The views of Samuel Pufendorf (1632-1694) and of Cornelius van Bynkershoek (1673-1743) are especially noteworthy in this connection. In his book, *De jure naturae et gentium* (1672), the former described as one of the inviolable rules of natural law that each man must keep his word without breaking it.¹⁸ The latter expressed the opinion that, without the principle of good faith and that of the binding force of contracts, international law would be entirely destroyed. The principle of sanctity of contracts was brought out in strong relief by Emer de Vattel (1714-1767) in his famous *Droit des Gens* (1757). He devoted

³⁷⁶ Convención de Viena, Art. 53.

³⁷⁷ Hans Wehberg, “*Pacta Sunt Servanda*”, *The American Journal of International Law*, 53(4), 1959, Pág. 775.

³⁷⁸ Tema referido en el Capítulo I.

to this question a special section of his book, under the title Obligation to Keep Contracts.”³⁷⁹

El tema de la santidad de los principios también se evidencia entre “costumbre” y “customary law”, que en principio podrían representar traducciones literales de una misma noción, no obstante, sistemática y teológicamente personifican cosas distintas.

Así, mientras en sistemas romanistas, influenciados por el Código Civil Napoleónico, la costumbre tiene un rol meramente residual, sin que constituya derecho por sí misma, sino únicamente en los casos en que la ley expresamente se refiere a ella,³⁸⁰ principalmente en temas privados de carácter comercial donde la transigibilidad prima; en derecho público no tiene valor alguno por ser eminentemente mandatorio.

De hecho, el poder público no puede hacer ni más ni menos de lo que la norma expresamente manda. Usualmente las llamadas normas de orden público intentan precautelar las “buenas costumbres”³⁸¹ identificadas con la moral, sin que ello implique que la costumbre sea derecho público. Por lo tanto, los elementos objetivos y subjetivos de la costumbre abren amplias e interminables discusiones filosóficas que, en la práctica, no cambiarían el sistema normativo local.

El poder político genera derecho en un momento histórico determinado, el cual puede ser totalmente derogado en caso de presentarse un poder político contrario. Lo dicho sin llegar a analizar la operatividad de olocracias legales y la existencia de leyes injustas e inmorales.

En la práctica, el poder político no se subordina al derecho, sino al contrario, lo que, entre otras tantas cosas, diferencia al positivismo del naturalismo, a lo que se puede agregar que la medición de libertades depende del número de normas mandatorias en

³⁷⁹ Hans Wehberg, “Pacta Sunt Servanda”, *ob. cit.*, Pág. 779.

³⁸⁰ Verbigracia, el Art. 2 del C.C., Codificación No. 10 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

³⁸¹ Entre una profusión de normas, puede utilizarse como ejemplo el Art. 16 del Código de Ética para el Buen Vivir de Ferrocarriles del Ecuador Empresa Pública – FEEP, De las Responsabilidades y Compromisos Institucionales: “Tenemos pleno conocimiento del artículo 3 de la C.E., el cual enuncia que son deberes primordiales del Estado: ‘Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción’. En calidad de obreros y servidores públicos, nos comprometemos a actuar con justicia y equidad, con decoro, desterrando actos que riñan con la legislación vigente, las buenas costumbres y los valores éticos” (el subrayado me corresponde). Sobre el tema ver: Código de Ética para el Buen Vivir de Ferrocarriles del Ecuador Empresa Pública – FEEP, Resolución No. 278, Registro Oficial Suplemento No. 118 de 07 de noviembre de 2013.

comparación a reglas potestativas o permisivas en un Estado donde todo está regulado, sin que exista espacio para los usos y costumbres.

Por su parte, el *common law* asocia al *customary international law* con principios y valores de carácter supremo e inderogables, cubiertos con el llamado manto de santidad anteriormente referido. El derecho consuetudinario internacional, a diferencia de los tratados que tienen efecto *inter partes*, obligarían a todos sin excepción. Por ejemplo, aquello fue argumentado en el caso *The North Sea Continental Shelf*³⁸², resuelto por la CIJ.

El tema de la existencia de costumbres universales despierta algunas preguntas, las cuales únicamente pueden ser resueltas satisfactoriamente cuando se liga al concepto con el *ius cogens* y una moral mínima que conforma un derecho que va más allá de aspectos formales de legalidad y permite a los tribunales hacer argumentaciones que ponen a la justicia sobre la norma escrita (*equity praeter legem*), cuestión que es más entendible para tradiciones jurídicas naturalistas que positivistas. En sistemas positivistas, que además utilizan la presunción de legalidad, debe aplicarse la norma local sin reflexión alguna sobre su posible oposición al *ius cogens*.

En un espectro local es complejo pensar en un derecho atemporal y permanente, que tan siquiera pueda ser modificado por la ley, que busque la realización de la justicia y no proteja los intereses de los grupos de poder de turno, en detrimento de la moral y el sentido común. Lo mencionado nos lleva a reflexionar en el sentido de que, si el derecho fuere ciencia y no ejercicio de poder, debería ser general, permanente y predecible.

Más difícil es entender el derecho bajo la luz de procesos constituyentes capaces de reformar todo el orden legal existente, con el amparo del respaldo político. Sin embargo, aquello es comprendido de distinta forma a la luz del derecho internacional, esto es: “Legal principles cannot change the laws of nature or rebut philosophic theorems. They can, however, autonomously frame events and juridical facts as relevant or irrelevant. One ought probably not to make too large claims for the scientific or philosophic pertinence of these legal insights but instead take them for what they are: legal principles that claim legal currency only.”³⁸³

³⁸² Federal Republic of Germany/Netherlands - North Sea Continental Shelf - Judgment of 20 February 1969 - Judgments [1969] ICJ 1; ICJ Reports 1969.

³⁸³ Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Pág. 142.

Es claro que la aplicación del derecho internacional a lo largo del tiempo también tiene matices y variantes.³⁸⁴ El derecho internacional no tiene un desarrollo exhaustivo, por el contrario, reposa sobre pocos principios naturalistas y es por esta razón que no se crea, modifica o deroga con la velocidad del derecho local.

La noción de un derecho permanente y de carácter *erga omnes* ha sido contrastada con la regla del *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, que postula que los pactos obligan a sus partes y no pueden vincular a terceros. Además, se advierte la dificultad de que el derecho convencional puede paulatinamente apartarse o tener un desarrollo diferente, pese a que la misma DTCV intenta evitarlo.

Aunque el principio de santidad otorga una alta valoración, el concepto o noción de un derecho internacional intemporal no está libre de críticas, entre otras, “customary international law (CIL) is under attack as behaviorally epiphenomenal and doctrinally incoherent. In this article, we reject both claims. To be sure, CIL is a feat of levitation; it rests not on a rock-solid natural law basis of divine principles, but on a fabric of rational acts, woven through a multiplicity of relations over time. And while there are limits on, and variations in, the effectiveness of CIL, we argue that there are circumstances where it may independently affect the behavior of states. There is no reason in theory, or in data adduced by others, to believe CIL to be generally epiphenomenal. Since certain components of CIL serve as the foundation of all international law, this article suggests the circumstances under which one would expect international law to affect state behavior.”³⁸⁵

Más allá de que el principio *pacta sunt servanda* sea visto bajo un velo moral o como un asunto jurídico objeto de valoración y ponderación, según las circunstancias aplicables, están latentes las preguntas: ¿por qué el *pacta sunt servanda* debería tener una categorización local y otra extranjera? y si ¿la moral internacional es diferente a la moral local?.

³⁸⁴ James Crawford, *International Law as an Open System: Selected Essay*, Cameron May Publisher, London, 2002, Pág. 69.

³⁸⁵ George Norman, and Joel P. Trachtman, “The Customary International Law Game”, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, N. 3, 2005, Pág. 54.

El principio del *pacta sunt servanda* tiene relación con la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, en cuanto a que se debe cumplir con lo pactado en consideración y referencia a las circunstancias que motivaron el acuerdo.

Por su lado, en derecho administrativo la validez de la cláusula *rebus sic stantibus*³⁸⁶ está expresamente limitada o excluida, a pesar de que los contratos administrativos se subordinan al principio del *pacta sunt servanda*, y que la cláusula *rebus sic stantibus* sigue al mismo. Alteraciones sustanciales de las circunstancias pueden motivar que lo pactado deba ser adecuado o reformulado según las condiciones imperantes, en cuyo caso, para su operatividad debe presentarse una alteración extraordinaria e imprevista que afecte la causa y el objeto del negocio jurídico. La alteración debe ocasionar desproporción exorbitante de prestaciones, lo que provocaría un beneficio ilegítimo que en base al principio de *buena fe* ni el acreedor ni el deudor pueden asumirlos.

En derecho administrativo, si bien el principio está limitado, los Estados han utilizado dicha excepción para justificar cambios contractuales o normativos, usualmente luego de confrontaciones armadas, colapsos económicos o crisis sociales.³⁸⁷ Buena parte de las reclamaciones internacionales y casi la totalidad de las disputas internacionales de inversión tienen como antecedente o contexto temas de derecho administrativo.

Para fines prácticos, el tenor del derecho internacional consuetudinario puede ser apreciado en las disposiciones del DTCV, sin embargo, la casuística es la que en realidad encarna los enunciados tan amplios y difusos.³⁸⁸ Caracterizar exhaustivamente la *buena*

³⁸⁶ La referida cláusula en derecho internacional tiene un concepto generalmente aceptado que, sin embargo, se está actualizado y readaptando. “*Circumstances alter cases*. Use of this famous proverb can be traced back as far as the seventeenth century writings of the English literary critic and historian Thomas Rymer. Behind it lies the idea that what ought to be done in a given case may at times depend on the surrounding circumstances. Accordingly, when circumstances change a reassessment of the approach to be pursued may be justified. It is an idea that has also found expression in international law. Art. 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), which is considered to represent in many respects customary international law, codifies a doctrine that in exceptional cases allows for the termination or suspension of treaties on grounds of a fundamental change of circumstances: the doctrine of *rebus sic stantibus* (the doctrine)”. Julian Kulaga, “A Renaissance of The Doctrine of *Rebus Sic Stantibus*?”, *International and Comparative Law Quarterly* 69, N. 2, London, 2000, Pág. 477.

³⁸⁷ José I., Hernández G., “El Derecho Administrativo Frente al Arbitraje Internacional de Inversiones. Comentarios al Laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, Año 25, No. 50, Montevideo, Diciembre 2016, Pág. 148.

³⁸⁸ Haciendo un símil con el derecho administrativo local, bien podrían asemejarse a los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no pueden ser exhaustivamente enunciados al representar valores amplios, imposibles de una descripción taxativa. Pese a que la existencia de dicha categoría genera aceptación y

fe y al *pacta sunt servanda* es materialmente difícil,³⁸⁹ ya que debería incluirse un sinnúmero de variantes que una norma jurídica no puede abarcar. Más difícil aún sería incluir normas adjetivas que posibiliten determinar y/o probar la existencia o no de buena fe.

Dentro del mencionado problema jurídico destaca la referencia al DTCV. Los principios no escritos, por su naturaleza, no forman parte del derecho positivo del respectivo Estado, aun cuando sean referidos en instrumentos internacionales. Esto agrega dificultad a la hipótesis de investigación ya que, si no existe una incorporación efectiva de los principios ¿éstos efectivamente a qué se traducen?.

Es importante resaltar que los principios por el hecho de constar en instrumentos escritos no deben su existencia o vigencia al texto. Las referencias constantes en el DTCV³⁹⁰ expresan lo siguiente:

- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.³⁹¹ Este tenor, *prima facie*, tan claro y evidente nos lleva al punto y dificultad de si el *pacta sunt servanda* es un principio moral y no una regla positiva.
- Debido a la *buena fe*, una parte contratante no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.³⁹² Bajo la relación entre el derecho interno y la observancia de los tratados internacionales, se entendería que esta regla se extiende al hecho de hacer reformas con carácter *ex professo*, que pretendan incumplir compromisos internacionales en una hipótesis de precautelar un manto de respeto a la soberanía local y mandato de sus leyes.

rechazo, temas como el “bien común”, “interés común”, etc., tienen un desarrollo distinto según cada caso en particular, aunque su noción parezca ser evidente.

³⁸⁹ En derecho público tales conceptos, por encarnar valores supremos, constituyen una categoría indeterminada, ya que resultan materialmente imposible de caracterizarlos de forma exhaustiva y taxativa. En Ecuador, en el Art. 8 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 3179 de 10 de octubre de 2002, se dispone que los conceptos jurídicos indeterminados son de interés público. De este modo, la administración debe aplicarlos a una situación particular en función de los aspectos inequívocos que rodean cada circunstancia.

Interpretar los conceptos jurídicos indeterminados bajo una amplia discrecionalidad crea incertidumbre y abre las puertas a una posible responsabilidad internacional del Estado, principalmente referida a temas de trato justo y equitativo, y plena protección jurídica.

³⁹⁰ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigencia desde enero de 1980.

³⁹¹ Convención de Viena, Art. 26.

³⁹² Convención de Viena, Art. 27.

- La cláusula *rebus sic stantibus*, referida al cambio fundamental en las circunstancias, no es una creación del derecho internacional, por el contrario, es una de las instituciones básicas del derecho romano con trascendencia primordial en temas contractuales.

Las situaciones supervinientes que afecten la posibilidad de cumplimiento de un tratado internacional pueden ser elevadas, de forma excepcional, en supuestos tales como: a) afectación del consentimiento; y, b) modificación sustancial de las prestaciones debidas.³⁹³

El tema es más complejo en tratados que ponen fin a guerras y establecen fronteras. Operativamente se discute si el cambio de circunstancias invalida al compromiso internacional totalmente o simplemente lo hace inejecutable. Esto representa una diferencia grande, ya que las circunstancias sobrevinientes podrían desaparecer o modificarse, haciendo posible un cumplimiento posterior, lo que constituyen hipótesis ligadas al principio de *buena fe* y lealtad entre las partes.

Si un Estado adopta un instrumento internacional en violación de una disposición de su derecho local no existiría un *vicio de su consentimiento*, salvo que dicha violación afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. La argumentación en tal sentido sin duda tendrá un carácter político local. El concierto internacional de naciones, de ser el caso, debe valorar la violación sobre los usos habituales y la *buena fe*.³⁹⁴

Entre otras cosas, puede deducirse que el *pacta sunt servanda* vincula a los Estados en una forma que probablemente no pueden prever, ya que el estándar de valoración será el precedente aplicable al tipo de reclamación que se opte, sea arbitraje de inversión, arbitraje comercial, derechos humanos o litigio entre Estados.

El derecho positivo local no exime del cumplimiento de obligaciones internacionales, lo que es evidente en actos de gobierno, sin embargo, difícilmente la totalidad de agentes o funcionarios públicos que deben obedecer normas mandatorias podrán negarse a cumplir mandatos expresos en aras de preservar compromisos u obligaciones internacionales que posiblemente desconocen y menos aún podrán prever cambios de circunstancias

³⁹³ Convención de Viena, Art. 62.

³⁹⁴ Ibidem, Art 64.

vinculadas a la cláusula *rebus sic stantibus*, no obstante de que sus actuaciones puedan acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Mayor dificultad representa el hecho de valorar la existencia o el apareamiento de una nueva norma de naturaleza *ius cogens*,³⁹⁵ cuando aquel principio se entiende encarnar valores supremos inderogables. Aquí surge la pregunta de si es o no admisible asimilar al *ius cogens* a toda norma imperativa de derecho internacional. Al respecto, no todo lo imperativo encarna valores supremos, ni la violación de reglas de carácter mandatorio tiene las mismas consecuencias. Lo mencionado tiene más relevancia ante posibles sanciones dadas sobre la base de determinación de responsabilidad del Estado.

Equiparar al *ius cogens* a toda norma de naturaleza mandatoria representa dificultades,³⁹⁶ se entiende que un tratado podría ser nulo y acarrear responsabilidad si viola preceptos de libertad, justicia o, por el contrario, haciendo una valoración inversa, si es abiertamente arbitrario, discriminatorio, degradante, etc. No existe una enumeración tan siquiera ejemplificativa en tal sentido, sino que se expresa que: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”³⁹⁷

Al momento de un posible juzgamiento indefectiblemente se volverá la mirada a la valoración de nociones básicas de derecho positivo y derecho natural, así como al hecho de que nociones civilistas se ubiquen sobre la estructura del derecho público.

Cabe el análisis de si el *ius cogens* es respetado por su naturaleza superior que precede y antecede a toda construcción jurídica o, por el contrario, tiene aplicación en la medida en que es “aceptado y reconocido” por la comunidad internacional que es abiertamente heterogénea. En un análisis *contrario sensu*, ¿si el reconocimiento no existiera no habría lugar para el *ius cogens*?. Lo interesante es que por principio serán juzgados los Estados y representantes que no respetaron otro imperio que el de la ley local, lo cual se ejemplifica con los juicios de Núremberg.

³⁹⁵ Convención de Viena, Art 64.

³⁹⁶ Ibidem, Art 53.

³⁹⁷ Ibidem.

Adicionalmente, cabe reflexionar si la doctrina del *ius cogens* debería o no tener confluencia con la noción política básica del “contrato social”,³⁹⁸ que pacta derechos y obligaciones no inmutables. Lo cierto es que no es categórico el hecho de si existe correlación entre la libertad y la igualdad o si el derecho nace de un pacto u obedece a un orden superior. El pacto social tendría su fundamento y a la vez sus límites en el *ius cogens*. Ahora, ¿qué hipótesis es válida para explicar la relación entre poder, orden y autoridad?. Sin una delimitación de tales nociones no es posible atribuir responsabilidad al Estado.

No existe consenso sobre la aplicación directa del *ius cogens* frente a una posible necesidad de transformar el derecho local,³⁹⁹ en relación a diversos niveles. En principio, debería existir un *ius cogens* único. Las violaciones a principios fundamentales deberían ser proscritas y sancionadas ya sucedan en un ámbito local o internacional,⁴⁰⁰ sin embargo, la política y el ejercicio del poder, sin perjuicio de su vertiente ideológica, está en permanente labor de llevar los temas jurídicos al terreno de la subjetividad, relatividad y pragmatismo, elementos que rompen toda predictibilidad lógica.

Establecer si el *ius cogens* delimita la noción de orden público y determina parámetros al derecho positivo,⁴⁰¹ es igualmente difícil, de hecho, las discusiones dentro de la filosofía del derecho son interminables. Pese a ello, deben existir condiciones mínimas de predictibilidad que permitan asegurar la actuación del Estado frente a su posible responsabilidad internacional.

Desde los albores de la humanidad se ha entendido que una ley no puede ser arbitraria, injusta, inmoral, etc., sin embargo, las interpretaciones se condicionan por circunstancias históricas y de conveniencia, que relativizan los conceptos. Así, lo que es justo para un gobierno, potencialmente podría ser arbitrario, injusto e inmoral para su sucesor. Es por

³⁹⁸ Sobre el tema ver: Jean J. Rousseau, *El Contrato Social*, *op. cit.* La discusión de pactos sociales entre personas abiertamente desiguales en facultades y capacidades, junto al hecho de determinar el alcance del poder público, llevaron a importantes análisis, tales como el realizado por Thomas Hobbes en su obra *Leviatán*, citada en páginas anteriores.

³⁹⁹ Sobre el tema ver: Egon Schwelb, “Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission”, *The American Journal of International Law*, vol. 61, No. 4, Washington DC, 1967, Págs. 946–75.

⁴⁰⁰ En la práctica sucede que tratados internacionales habilitan reclamos contra un Estado por hechos o violaciones que sus propios nacionales no pueden resistir u oponerse jurídicamente.

⁴⁰¹ Sobre el tema ver: Russell Hardin, “The Limits of Hobbesian Contractarianism. By Jody S. Kraus. Cambridge: Cambridge University Press”, *American Political Science Review*, 89(3), Cambridge, 1995, Págs. 748-749.

esta razón que la predictibilidad de actuaciones del Estado es tan difícil, y eventualmente ni siquiera la doctrina de los actos propios, que determina mínimos de coherencia y sentido común, le pueden ser aplicables.

La utilización o invocación del *ius cogens* se remonta a varias décadas atrás, tiempo corto en comparación a la utilización de la tradicional y difusa noción de “orden público”. De los registros consta que la propuesta para incluir al *ius cogens* en el derecho internacional aparece en el informe primero de Hersch Lauterbach, en su calidad de relator especial. Lauterbach, al año de 1953, propuso establecer límites a los Estados respecto de su actividad normativa. De este modo se ha entendido: “It would thus appear that the test whether the object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistency with customary international law pure and simple, but inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy (*ordre international public*). These principles need not necessarily have crystallized in a clearly accepted rule of law such as prohibition of piracy or of aggressive war. They may be expressive of rules of international morality so cogent that an international tribunal would consider them as forming part of those principles of law generally recognized by civilized nations.”⁴⁰²

Debe anotarse que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su 69º período de sesiones correspondiente al año 2017,⁴⁰³ tomó la resolución de cambiar el título del tema de sus trabajos de *ius cogens* a “normas imperativas de derecho internacional general”, lo que puede hacer presumir que los términos son equivalentes, pero por otro lado denota un mayor peso de la noción positivista sobre la naturalista.

En conclusión, el principio del *pacta sunt servanda* tiene una fuerza efectiva más allá de una retórica declarativa, pues no se trata de un pacto que deba cumplirse por caballerosidad o principios éticos ligados a una moral política,⁴⁰⁴ sino que existe la posibilidad de imposición de sanciones. La *buena fe* no limita al derecho privado, sino que obliga a mantener un estándar mínimo en las actuaciones del poder público.

⁴⁰² Thomas Weatherall, “State responsibility and Jus Cogens”, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, *op. cit.*, Pág. 3.

⁴⁰³ Texto conocido como: “Summaries of the Work of the International Law Commission Peremptory norms of general international law (jus cogens)”. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml

⁴⁰⁴ Gregory S. Kavka, *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton University Press, New Jersey, 1986, Pág. 291.

Finalmente, la aplicación del *ius cogens* o derecho consuetudinario está presente no solamente en reclamaciones por crímenes atroces contra la humanidad o temas referidos a derechos humanos, sino que incluso podría utilizarse en arbitrajes entre Estados u arbitrajes comerciales y de inversión. Tales disputas pueden darse sobre decisiones fundamentadas en el derecho local, lo que acrecienta la dificultad.

5. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.

La hipótesis plateada en la presente tesis no tiene antecedentes normativos en el derecho internacional, ni han existido propuestas para tratar la responsabilidad de los Estados soberanos en caso de que sus funcionarios hayan cumplido con la normativa local, incluso la materia parece haber sido evadida por estadistas y diplomáticos.

Sin perjuicio de lo señalado, el esfuerzo más importante, todavía inconcluso, descansa en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos. El tema de los hechos internacionalmente ilícitos causa más consenso y evita entrar en cuestiones de política social y económica, y asuntos comerciales y de inversión.

Internacionalmente, la atención mayoritaria ha sido puesta sobre los ilícitos internacionales a partir de la postguerra mundial, así, el derecho internacional tiene un interés legítimo y primigenio por evitar ilícitos internacionales.

En el caso de Ecuador, el país sin haber cometido faltas graves al derecho internacional que puedan entrar dentro del rango del ilícito, ha sido condenado reiteradamente por sumas cuantiosas como se ha analizará oportunamente cada caso en particular. Estas sumas, respecto a su monto total, representan condenas mayores.

Es materialmente imposible elaborar un compendio de casos que pueda servir de referencia para evitar el cometimiento de actos que, siendo legales a la luz del derecho local, pueden tener consecuencias traducidas en sanciones internacionales. Determinar la naturaleza que debería tener el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, abre interesantes discusiones filosóficas,

tanto en el ámbito jurídico como político.⁴⁰⁵ En principio, utilizar la expresión “artículos” abre la posibilidad a una indeterminación. Todavía resta mucho para que este proyecto pueda transformarse en un instrumento resolutivo de la problemática existente en torno a la responsabilidad internacional de Estado.

En este orden de ideas, una vez que el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos se encuentre finalizado, surge la siguiente pregunta: ¿debería constar en un tratado, debería ser una norma perentoria, o estar en categoría de *ius cogens*?. Se ha dicho que no es necesario que el referido Proyecto de “Artículos” conste en una convención o tratado internacional, ya que tiene amplia autoridad para ser citado por tribunales internacionales, además de anotarse que el proceso de consolidación de un tratado sobre la materia implicaría un esfuerzo de muchos años, cuya dificultad es evidente.⁴⁰⁶ Dicho argumento, si bien puede tener una validez práctica, no contesta la pregunta inicial, de hecho Sir Ian Sinclair⁴⁰⁷ recomienda seguir la vía que permita consolidar un tratado internacional. Pretender codificar principios de derecho internacional representa un costo y riesgo, a más de otras dificultades.⁴⁰⁸

Queda claro que el Proyecto de “Artículos” no marca el inicio ni el fin sobre la materia, constituyéndose en un puente para consolidar una posible transición conceptual. El esfuerzo académico entregado a lo largo de su preparación, junto a las expectativas desarrolladas por décadas, fueron mayores que lo plasmado en el documento.

Al respecto, los Estados que realicen actividades que potencialmente sean contrarias al derecho internacional difícilmente firmaran acuerdos sometidos al derecho de los tratados. Tampoco se considera que las normas perentorias puedan superar la autodeterminación constante, entre otros, en la facultad legislativa y en los actos de gobierno.

⁴⁰⁵ La variedad de teorías y sus adaptaciones que pueden enumerarse desde la República de Platón hasta la actualidad como, por ejemplo, aquellas de corte neocontractualistas o incluso más allá de tal espectro, en última instancia termina con el primigenio análisis de la naturaleza y límites del poder. El poder tiene límites que deben ser impuestos por los ostentadores del mismo o por un sentido de justicia superior que permita justificar la idea de responsabilidad.

⁴⁰⁶ Report of the International Law Commission, Session 2001. Par. 63, Pág. 39.

⁴⁰⁷ Sobre el tema ver: Yearbook of International Commission 27, 1987. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1987_v2_p1.pdf

⁴⁰⁸ Pensar en un desarrollo paulatino de principios supremos e inderogables como el *ius cogens*, representa retos conceptuales.

Ante estos supuestos, queda latente la posibilidad de que en demandas internacionales los valores supremos afectados sean relacionados al *ius cogens*. En contraposición, se argumentará que poderes extranjeros impiden o limitan el ejercicio del poder soberano local. Al efecto, lograr un equilibrio sobre el tema únicamente puede ser alcanzado al momento en que se sobreponga la técnica jurídica a los juegos políticos.

En el récord histórico consta que el texto definitivo sobre la propuesta de Artículos fue adoptado por la International Law Commission⁴⁰⁹ de la ONU en el año 2001, completando uno de los estudios de mayor duración de dicha comisión, en razón de su complejidad teórica y consecuencias prácticas. El 12 de diciembre de 2001, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 56/83,⁴¹⁰ que encomendó su atención a los gobiernos, sin perjuicio de su futura adopción u otra acción apropiada.⁴¹¹

Como su nombre lo indica, el texto se centra en la responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, es decir, no cubre la amplia casuística referida a un catálogo más amplio de incumplimiento de obligaciones. Algunos autores han considerado que su texto es controvertido y poco claro,⁴¹² incluso se ha expresado que el logro que representa es una paradoja.⁴¹³

Reglar el principio de que todo hecho internacionalmente ilícito conlleva la responsabilidad del Estado infractor constituye una dificultad al tratar una serie de hechos muy variados y dispersos.

El Proyecto, en relación con el tiempo y esfuerzo invertido desde 1969, en aras de codificar uno de los aspectos más complicados del derecho internacional, es corto y conciso, redactado en apenas 31 artículos, dividido en dos partes principales, que a su vez se dividen en capítulos, a saber:

1. El Acto Internacionalmente Incorrecto de un Estado.
 - a. Principios Generales.
 - b. De la Atribución de Conducta a un Estado.

⁴⁰⁹ Los trabajos y actividades de la referida Comisión se encuentran disponibles en: <https://legal.un.org/ilc/>

⁴¹⁰ Disponible en: <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf>

⁴¹¹ El texto usado en el documento puntualmente fue: “commends them to the attention of Governments without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action”.

⁴¹² David D. Caron, “The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority”, *UC Berkley Public Law and Legal*, No. 97, California, 2002, Pág. 3.

⁴¹³ *Ibidem*.

- c. Incumplimiento de una Obligación Internacional.
 - d. Responsabilidad de un Estado en Relación con el Acto de otro Estado.
 - e. Circunstancias que Precluyen el Incumplimiento.
2. Contenido de la Responsabilidad Internacional a un Estado.
- a. Principios Generales.

Un hecho internacionalmente *ilícito* de un Estado puede ser atribuido a una conducta subdividida en acciones u omisiones. La relación⁴¹⁴ debe ser determinada por reglas de atribución conforme al derecho internacional, en este sentido, el acto u hecho atribuido debe constituir una violación de una obligación internacional del Estado.

La caracterización o determinación de un hecho como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional, sin perjuicio de lo establecido por el derecho local. Entre las conductas atribuibles al Estado destacan:

- a. Conducta de los órganos de un Estado: Se realiza una remisión necesariamente al derecho administrativo o constitucional local.
- b. Conducta de personas o entidades con autoridad gubernamental.
- c. Conducta de los órganos puestos a disposición por otro Estado.
- d. Exceso de autoridad o contravención de instrucciones locales.
- e. Conducta dirigida o controlada por el Estado.
- f. Conducta realizada en incumplimiento de las autoridades oficiales.
- g. Conducta de un grupo insurgente.
- h. Conducta propia del Estado.

Esta enumeración puede parecer reiterativa y confusa, así pues, dependerá de los árbitros u otros juzgadores relacionar dichos supuestos a casos específicos.

La existencia de incumplimiento de una obligación internacional es otro tema amplio cuya determinación debe ser sometida a análisis o argumentaciones filosóficas. El Proyecto prevé que: “There is a breach of an international obligation by a State when an

⁴¹⁴ La causalidad es una noción que trasciende el ámbito de la responsabilidad civil. La llamada relación causal puede hacer referencia a elementos de causalidad, imputabilidad y atribución, los cuales no son sinónimos y tienen diversa implicación. En el texto analizado se ha utilizado la figura de atribución.

act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.”⁴¹⁵

El derecho internacional, a través de importantes esfuerzos de la UNIDROIT,⁴¹⁶ UNCTAD,⁴¹⁷ CNUDMI (UNCITRAL),⁴¹⁸ etc., no ha podido uniformar tan siquiera el concepto de contrato, menos aún lo ha hecho respecto de la noción de “obligación” que tiene una naturaleza más amplia que desborda el derecho privado.

Establecer en qué consiste una “obligación internacional”, aparentemente sería algo obvio o tautológico,⁴¹⁹ no obstante aquello, abre mayores dificultades que nos llevan a análisis históricos y filosóficos del derecho.⁴²⁰ Tan siquiera la C.V.C.I.,⁴²¹ unos de los instrumentos más relevantes del mundo con más de 90 países suscriptores, ha podido determinar que es “internacional” respecto de compraventa. Establecer la internacionalidad de una serie de obligaciones, incluidos ilícitos, es extremadamente complicado.

Un acto ilícito (*wrongful acts*) puede generar obligaciones, sin embargo, es necesario considerar que la mayoría de las obligaciones no se originan en ilícitos. De hecho, la teoría de las obligaciones tiene una naturaleza civilista. La referencia a “obligación” es sumamente amplia, a tal extremo que se establece que no importa su carácter, origen ni naturaleza.

Los delitos e ilícitos se someten a los principios de territorialidad y temporalidad. Los tradicionales principios de conexión personales, conductistas y reales del DIPr no tienen aplicación ni validez respecto de ilícitos o delitos, salvo algunas excepciones.

Entonces, probablemente hubiese sido más oportuno señalar cuáles son los ilícitos internacionales que pueden ser sometidos al principio de extraterritorialidad. Los delitos contra la humanidad o el derecho internacional constituyen la excepción al principio de

⁴¹⁵ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, Art. 12. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

⁴¹⁶ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 1926.

⁴¹⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 1962.

⁴¹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1966.

⁴¹⁹ La tautología se trata de una figura lógica o retórica, el repetir elementos constitutivos de lo que se pretende describir no aporta en absoluto en temas de derecho internacional.

⁴²⁰ Si bien son temas importantes, por su naturaleza desbordan el objeto de la presente investigación.

⁴²¹ C.V.C.I. de 1980.

territorialidad, como constan en el Estatuto de Roma⁴²² en cuanto a crímenes de genocidio, de guerra, de agresión y de lesa humanidad.⁴²³

Así mismo, el Proyecto de Artículos establece que la violación de una obligación puede tener o no carácter permanente y de prevención. Esta es otra caracterización que no se encuentra con la tradicional doctrina de las obligaciones.

En definitiva, la responsabilidad de un Estado puede ser directa al violar principios de cumplimiento obligatorio⁴²⁴ o mediante actos cometidos por otro Estado, a través de la asistencia brindada en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito o al control⁴²⁵ ejercido sobre dichos actos. En la hipótesis de que un Estado ejerza coacción sobre otro, el Estado coaccionador debería tener conocimiento de las circunstancias del hecho; categorización que igualmente hace referencia a elementos subjetivos. Si hubiese consentimiento por parte de un Estado, éste libera de responsabilidad al Estado que cometió los actos.

Con tal antecedente, las medidas de autodefensa dadas de conformidad con la Carta de la ONU exoneran de responsabilidad al Estado, la cual se extiende a posibles contramedidas. Por lo tanto, el incumplimiento de obligaciones internacionales no es sancionado en caso

⁴²² Estatuto de Roma 1998. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

⁴²³ Un precedente importante fue el caso Tadić, Tribunal for the Former Yugoslavia, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995. Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-ar72, 35 I.L.M. 32, 1996. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

⁴²⁴ Un ejemplo de ello podría ser el caso de violación de los compromisos diplomáticos y consulares, como aconteció en: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, United States of America vs. Iran, 1980. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/64>

⁴²⁵ “The principle contained in Art. 6 was at stake in Military and Paramilitary Activities where the International Court of Justice (‘ICJ’) had to answer the question whether the degree of control exercised by the United States over the contras was sufficient to make the illegal acts of the latter attributable to the former. The Court held that despite the high degree of dependency of the contras on the United States in terms of financing, logistic and other support, the United States did not have the required “effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.” In the Court’s view, a general situation of dependence and support would be insufficient to justify attribution of the conduct to the state; rather, what is required is effective control over the specific operation. Moreover, the conduct of the person must be an integral part of that operation. This approach of the Court, which was adopted by the ILC, appears to have been modified by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (‘ICTY’), which applied a less strict standard than the ICJ. In the Tadić case the Tribunal held that the requisite degree of control by the Yugoslav authorities over the armed forces of the Republika Srpska was “overall control going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations”. Stephan Wittich, “The International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading”, *Leiden Journal of International Law*, 15(4), Cambridge, 2002, Pág. 894.

de fuerza mayor. La misma regla es aplicable a las acciones dadas para evitar peligros (*distress*), excluyendo el estado de “necesidad”, salvo que pueda agravar la situación.

La segunda parte del Proyecto de Artículos trata sobre la restitución, compensación y satisfacción como formas de resarcimiento de daños. Destaca el hecho de no repetición de actos.⁴²⁶ La responsabilidad puede ser alegada por un Estados afectado, un grupo de Estados o la comunidad internacional en general. La relación del ilícito debe constar en una notificación (*notice of claim*). Para el efecto, deberán agotarse los recursos locales disponibles.⁴²⁷ El Estado afectado puede optar por contramedidas proporcionales que no afecten obligaciones internacionales ni a los derechos humanos.

Bajo el principio *lex specialis*, las provisiones mencionadas no tienen validez o aplicación cuando existen reglas especiales que puedan ser aplicables. El proyecto propuesto, pese a ser un importante esfuerzo, está lejos de ser un avance significativo en la materia, ya que no existe una claridad entre el cumplimiento de obligaciones y el cometimiento de actos ilícitos, tampoco distinción clara entre normas imperativas y el *ius cogens*. Además, no se evidencia una autoridad central capaz de resolver disputas de tal naturaleza, lo cual implica que debería ser invocado ante la CIJ, organismos regionales o tribunales arbitrales, a fin de que los Estados puedan tener frenos a conductas inmorales o criminales.

Finalmente, destaca el hecho de que el Ecuador no ha estado inmerso en conductas relacionadas al presente subtema.

Conclusiones a la Primera Parte.

El hecho de que un funcionario público aplique debidamente o no su derecho local es una cuestión sustancial. En los litigios internacionales contra Estados soberanos interviene como ley aplicable el derecho público local en forma mayoritaria, lo cual genera

⁴²⁶ Sobre el tema de no repetición de conductas destaca el caso: La Grand Case (Germany vs. United States of America), 2001. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/104>

⁴²⁷ El agotamiento de medidas o recursos locales es un tema controvertido. En arbitraje de inversión, bajo el principio “fork in the road”, es posible demandar a nivel internacional directamente, sin embargo, la CIJ exige tal requisito. Sobre el tema ver: Elettronica Sicula SpA (ELSI) (US vs. Italy), 1989. ICJ 15. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/76>

dificultades frente a los principios del derecho internacional, sobre los cuales se deciden los casos y se determinan responsabilidades.

El actuar conforme al derecho interno es una defensa importante, sin embargo, aquello no necesariamente evita que el Estado pueda ser condenado en aplicación de estándares internacionales comparativos.

La garantía de estabilidad representa una atadura para el desarrollo de la función de gobierno (administrativa y tributaria), legislativa y de administración de justicia. El Estado tiene la obligación de respetar los compromisos internacionales legítimamente acordados, no obstante, aquello no podría suponer la suspensión de toda actividad pública normativa y de control. El velar por el bien común y el interés general no debería causar responsabilidad internacional.

El derecho de repetición por violaciones al derecho internacional genera dificultades ya que quienes podrían haberla causado no necesariamente quebrantaron el ordenamiento local, sino que, por el contrario, actuaron en cumplimiento de normas mandatorias de derecho público. Los funcionarios o servidores públicos, en caso de no haber aplicado la ley o la orden tenida como legítima, hubiesen sido avocados a otro tipo de sanciones. Lo mencionado se acentúa bajo la presunción de legitimidad de los actos del poder público.

La obligatoriedad de los instrumentos supranacionales es evaluada a la luz del derecho internacional, razón por la cual, aún argumentos constitucionales o procesos constituyentes, no pueden servir ante tribunales internacionales.

Las diferencias entre el derecho positivo y el natural no se limitan al ámbito filosófico, pues de hecho marcan diferencias objetivas en cuanto a la moral pública y la potencial responsabilidad del Estado.

PARTE SEGUNDA.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y SUS DIVERSOS NIVELES

CAPITULO III. PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. COMPATIBILIDAD DE LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD CON LOS ATRIBUTOS DE PODER DEL ESTADO.

La existencia de un Estado responsable es garantía de la consolidación del Estado de derecho y juridicidad. Interesantemente, los Estado con gobiernos totalitarios rehúsan a suscribir tratados internacionales y someterse a cortes a internacionales, lo que lleva al hecho claro de que Estados soberanos puedan ser demandados y condenados por aplicar su derecho interno. Por lo tanto, es evidente que la responsabilidad no está presente en sistemas autoritarios, sino en democracias liberales “current definitions of accountability will be reviewed and modified, focusing largely on liberal democracies and the parliamentary system of government.”⁴²⁸

Idealmente, todo ejercicio de poder debería ser legal y legítimo. Todo acto de poder público debería ser limitado constitucional y legalmente, junto con la obligación ineludible de respeto a los compromisos internacionales asumidos. Resulta complejo determinar qué actos o decisiones, sobre la base del derecho local, deberían evitarse o limitarse para no afectar estándares comparativos con terceros ajenos a la institucionalidad pública, como sucede con el llamado trato justo y equitativo.

La carga de una responsabilidad política⁴²⁹ es más difícil de valorar ya que no existe un parámetro general para aquello, como sucede en temas legales. La adopción de uno u otro sistema de gobierno por sí sola no cambia la noción de responsabilidad internacional del Estado, que puede ser exigible en instancias internacionales. El irrespeto al Estado de derecho junto a un ejercicio despótico del poder sin duda agrava las circunstancias.

⁴²⁸ Joy M. Moncrieffe, “Reconceptualizing Political Accountability, *International Political Science Review* / *Revue Internationale De Science Politique*, 19(4), London, 1998, Pág. 389.

⁴²⁹ Alfredo Ramírez-Nárdiz, “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Democracia Participativa: ¿Progreso o retroceso democrático?”, *Vniversitas*, n. 133, Bogotá, 2016, Pág. 374.

En la práctica, no existe una correlación directamente proporcional entre sanciones internacionales frente al respeto del derecho interno y los compromisos internacionales. En temas comerciales y de inversión el fundamento para la terminación anticipada y unilateral de un contrato se sustenta en el derecho administrativo vigente y no en un esquema de violación de derechos humanos o directamente en ilícitos internacionales.

Establecer la responsabilidad del Estado no es algo fácil, ya que éste, mediante un ejercicio de poder público, es quien mantiene un orden jurídico y le corresponde determinar la responsabilidad ante violaciones jurídicas, considerando que por definición es el garante de derechos y no un violador de estos.

La responsabilidad del Estado tiene carácter *ex ante* en cuanto a la obligación de comportamiento, con un enfoque mayoritario sobre conductas de abstención⁴³⁰ que puedan afectar obligaciones de diversa naturaleza. Así mismo, la responsabilidad es de condición *ex post facto* cuando un daño o acción ilegítima ha sido ya verificado.

Originalmente, la responsabilidad del Estado nace en un hecho internacionalmente ilícito y atribuible a aquel. Existen circunstancias en las cuales la responsabilidad se hace evidente, como en el llamado caso *Corfu Channel Case*,⁴³¹ donde se discutió sobre una agresión marítima ilegítima. En este caso, la CIJ otorgó como reparación al Reino Unido £ 843,947 y fue a su vez posteriormente referido en el Caso de U.S. contra Nicaragua,⁴³² respecto a las obligaciones de derecho internacional entre Estados.

La dogmática conceptual de la responsabilidad se enreda más cuando el afectado o demandante no es un Estado, sino una persona natural o una empresa privado, local o extranjera, así como cuando la responsabilidad no es determinada sobre la base de ilícitos internacionales, sino sobre temas comerciales o de inversión, verbigracia en la caducidad contractual dada a una empresa extranjera, a través de un procedimiento de derecho administrativo para terminar una concesión de explotación petrolera, como en el caso

⁴³⁰ Los actos de abstención, respecto a la Responsabilidad Internacional del Estado, son muy evidentes en temas ambientales, que constan, entre otros, en la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

⁴³¹ International Court of Justice (ICJ), United Kingdom vs. Albania, 1949. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,402399e62.html>

⁴³² International Court of Justice (ICJ), Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua vs. United States of America, 1986. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company.⁴³³ La indemnización otorgada en dicho caso, antes de una anulación parcial, fue de US\$ 1,769,625,000⁴³⁴ suma superior al común de indemnizaciones dadas en el marco de litigios internacionales entre Estados. Como se observará más adelante, las sumas indemnizatorias en materia de derechos humanos ni de lejos alcanzan esas cuantías.

Si bien en el caso *Rainbow Warrior Affair*⁴³⁵ se amplió el estándar de “ilícito” a la violación de una “obligación”, no explica ni es fundamento para las demandas intencionales contra Estados en casos comerciales, de inversión o impagos de deuda. De ahí la importancia de analizar cuestiones de inmunidad de jurisdicción junto a actos *ius imperii* y *ius negotii* del Estado.

Es decir, la responsabilidad internacional del Estado no guarda relación con la tradicional teoría del delito, a la luz del derecho penal local, por lo tanto, la culpa o el dolo no son importantes para determinar la misma. Lo dicho, para una autoridad pública es difícil de entender. Así mismo, el principio *nulla poena nullum crimen sine lege*, no es aplicable ya que las violaciones usualmente no se dan sobre normas escritas,⁴³⁶ donde el principio de legalidad positivo opera, sino sobre principios consuetudinarios o el *ius cogens*, que por su propia naturaleza no siempre pueden ser reducidas a normas escritas. Tampoco alegaciones de error de tipo, error de prohibición o *minima de malis* tendrían oportunidad, pertinencia o eficacia.

Lo señalado genera una importante pregunta: ¿si el poder soberano de un Estado se somete a un orden superior, deja de ser supremo y soberano?. El poder soberano a la luz del derecho constitucional es ilimitado e incontrolado, pero bajo el derecho internacional hasta el Poder Constituyente debe tener límites.

⁴³³ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.

⁴³⁴ Laudo Internacional disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>

⁴³⁵ Case concerning the difference between New Zealand and France about the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair.

⁴³⁶ Lo mencionado sin perjuicio de que puedan existir violaciones puntuales al derecho positivo local, junto a violaciones de derecho internacional.

Existe un dilema sin respuesta absoluta, respecto a si la soberanía se debe someter al derecho, o el derecho existe en nombre de una soberanía que da reconocimiento y otorga poder al Estado, que a su vez instituye el derecho. La respuesta de un jurista, sin duda, debe ser distinta a la de un politólogo que mira como inevitable el darwinismo social y la adaptación del derecho en beneficio del más fuerte, sea cual fuere su vertiente ideológica.

El derecho debe someterse a parámetros objetivos de la ciencia, buscando una predictibilidad mínima, y en lo moral perseguir el bien común y respeto del interés general.

Los atributos históricamente reconocidos al Estado han sido el territorio, la población y el poder público. Más allá de las amplias discusiones y análisis realizados por teóricos de las ciencias políticas, el hecho es que, junto a los elementos estructurales citados, necesariamente y de forma transversal debe estar presente el derecho con un anclaje mínimo al orden ontológico, epistemológico y deontológico.

El poder público no puede estar al servicio de un interés político, del ideal de un grupo dominante o ser un instrumento de dominación o venganza; a pesar de que históricamente pueden citarse un sinnúmero de ejemplos al respecto. Esto nos lleva a razonamientos sobre el “ser y deber ser”, además de la calificación de justa o injusta que pueda tener una norma jurídica.

Autores como Max Weber consideran cuales formas políticas son organizaciones de fuerza y en tal sentido se ha expresado que: “el modo de proporción en que se usa o amenaza usarse la fuerza dirigida hacia fuera contra otras organizaciones análogas desempeñó un papel específico en la estructura y el destino de las comunidades políticas. No toda forma política es en igual medida *expansiva* en sentido de que pretenda conseguir un poder dirigido hacia fuera, es decir, un estado de preparación para obtener el poder político sobre otros dominios y comunidades, tanto en forma de anexión como de forma de sumisión. Por lo tanto, las formas políticas son formas de poder dirigidas hacia fuera en distinta proporción.”⁴³⁷ Lo citado se mira de forma más evidente en sistemas liberales que totalitarios, ya que en los últimos se implanta una única visión con rango de dogma.

⁴³⁷ Cita a Max Weber, realizada por Aurelio García, *Ciencia del Estado*, Tomo I, Cuarta edición, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1981, Pág. 115.

El uso monopólico de la fuerza deriva del poder consustancial del Estado; sin embargo, el poder debe someterse a dictados filosóficos (del ser y deber ser), dogmáticos-conceptuales y éticos, caso contrario no podría ser aceptado en un marco constitucional mínimo que garantice racionalidad jurídica.

En este punto, vuelve a presentarse una fractura entre las nociones de derecho positivo y derecho natural, de este modo, el Estado de derecho no puede limitarse a verificar el cumplimiento de normas y disponer, de ser el caso, una sanción.⁴³⁸ Tampoco es admisible una visión monista que considere que los principios del derecho internacional tienen valor en tanto y cuanto sean reconocidos por el ordenamiento jurídico local; aquello no solo por un tema teórico jurídico, sino principalmente por el hecho práctico de que el Estado no será juzgado con normas locales al momento en que su responsabilidad sea determinada, sino sobre estándares intencionales. Lo dicho se debe entender en el escenario complejo de que la ley local puede ser ley sustantiva aplicable a la disputa.

Si el Estado tuviese potestad para sancionar como ley cualquier expresión de fuerza o sometimiento, sin límites materiales ni sustanciales, los juicios realizados a una parte de los jerarcas del Estado Nazi (*Nürnberger Prozesse*), hubiesen carecido de validez conceptual y jurídica, ya que ellos no cumplieron con las normas positivas locales.⁴³⁹ No obstante, incluso bajo argumentaciones de violación del debido proceso, se hubiese perseguido a sus actores.

Una norma jurídica, sea cual fuere su jerarquía, aunque formalmente sea plenamente válida, si confronta un sentido mínimo de ética y racionalidad se opone al derecho natural,⁴⁴⁰ y en esa medida al *ius cogens* resguardado por el derecho internacional. Lo dicho respecto de valores supremos y casos relevantes en el concierto internacional.

⁴³⁸ “El Estado en Kelsen se ha reducido al derecho; el derecho, se ha reducido a la norma; la norma se ha reducido a la imputación; la imputación se ha reducido a la relación del ‘deber ser’ y, finalmente, el ‘deber ser’ jurídico, se ha reducido a la sanción. Luego, Estado es igual a sanción. El Estado quiere sancionar cuando se realice el supuesto normativo. En consecuencia, el Estado no puede querer valores. Se tiene que desligar, científicamente, igual de la naturaleza que de la moral. El derecho, para Kelsen, nada tiene que ver con la justicia”. José A. Arrubarrena Aragón, “El Estado moderno, ¿tiene un fundamento jurídico-político?”, en *El hombre y el estado revolucionario*, Ensayo sobre el orden político, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Puebla, 2013, Pág. 140.

⁴³⁹ Respecto de las atrocidades japonesas no hubo juicios internacionales. De hecho, la monarquía como encarnación del poder político continuo intocada en su vigencia.

⁴⁴⁰ Sobre el tema ver: Leo R. Ward, “The ‘Natural Law’ Rebound”, *The Review of Politics*, 21(1), University of Notre Dame, Indiana, 1959, Págs. 114-130.

Al no existir un órgano legislativo ni judicial supranacional (así como no existe un poder soberano internacional y menos aún un ejecutivo), el concierto internacional se funda en principios elementales como la *buena fe*, la no agresión, la lealtad, la confianza mutua y la reciprocidad. Estos atributos, a su vez, no pueden ser exhaustivamente determinados por una norma escrita, por encarnar valores superiores.⁴⁴¹ De igual forma, los valores de moral, sentido común y racionalidad, al ser superiores no se crean ni derogan por medio de leyes.

En el caso de la responsabilidad internacional, el Estado no actúa como juez y parte, ni tampoco aplica sus propias reglas, sino que, por el contrario, enfrenta un sistema basado en principios generales de derecho internacional que pueden constar en tratados internacionales o ser parte del derecho consuetudinario. Esto se diferencia abiertamente de la situación local, en donde prima las potestades exorbitantes y privilegios unilaterales, entre muchos otros, para actuar como juez y parte.

Sin perjuicio de que el tema, por su amplitud y complejidad, puede resultar difuso, existen parámetros mínimos como el establecido por la CIJ en la década de 1920, en torno al caso *Chorzów Factory*, en donde se determinó la obligación de reparar como un principio del derecho internacional.⁴⁴²

La participación de los Estados en el concierto internacional conlleva como deber la obligación de responder objetivamente por su responsabilidad internacional. Esto nos lleva a entender que todo sujeto de derecho internacional es internacionalmente responsable, *contrario sensu*, la obligación no se limita a los Estado soberanos. “En consecuencia, parece que, en principio, todos los sujetos de derecho internacional pueden ser responsables de su comportamiento, no solo los Estados, sino también las organizaciones internacionales, los movimientos de liberación e incluso las ONG. Los regímenes de responsabilidad específicos solo se han desarrollado con respecto a los estados, las organizaciones internacionales y los individuos, e incluso entonces gran parte de la ley es bastante incompleta e incipiente. Hasta cierto punto, la brecha se llena al hablar de la responsabilidad de las empresas, además de la responsabilidad social corporativa. Sin embargo, vale la pena señalar que, en estos temas, las reglas legales duras

⁴⁴¹ David J. Bederman, *The spirit of International Law*, Athens, Ga: University of Georgia Press, Georgia, 2002. Pág. 24.

⁴⁴² *Factory At Chorzów, Germany vs. Poland*, Judgment, Claim for Indemnity, Merits, Judgment N. 13, PCIJ Series A No 17, ICGJ 255, PCIJ 1928.

y rápidas son pocas y distantes entre sí. El único conjunto de reglas firmemente establecido en existencia se relaciona con la responsabilidad de los estados.”⁴⁴³

Entre el derecho y el ejercicio del poder, tratándose de posibles ilícitos internacionales destaca el elemento conocido como “*atribución*”. La atribución es más obvia en Estados unitarios donde la soberanía no es compartida o existe un concurso de poderes soberanos (en extremo, resulta muy difícil de determinar en confederaciones donde la unión está dada sobre instrumentos internacionales).

Los diversos órganos de la administración pública no tienen una coordinación de actos ni una voluntad única,⁴⁴⁴ como podría ser atribuida a un privado, lo cual es otro elemento que dificulta la atribución. La ruptura en el comportamiento coherente puede ser espacial, por razón de materias, o temporal, en razón de que diversas autoridades, en ejercicio del poder público, potencialmente pueden actuar en contraposición.

En el contexto internacional, es atribuible al Estado los actos de todo órgano público o entidad de gobierno independientemente de su nivel, especialidad o jerarquía. Así, internacionalmente se puede demandar a un Estado, sin perjuicio de que haya sido un gobierno local el causante del tema, incluso bajo el supuesto de que el Gobierno central no haya auspiciado o consentido el tema.

Se incurre en responsabilidad cuando se incumplen las obligaciones o se excede en las atribuciones. El comportamiento de los agentes públicos o representantes del Estado debe estar sujeto a control y supervisión,⁴⁴⁵ razón por la cual, el Estado debe responder internacionalmente de sus actuaciones. Sobre el tema, destaca el hecho de que no existe

⁴⁴³ Jan Klabbbers, “The law of responsibility”, en *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge, 2013, Pág. 124, Traducido del idioma inglés.

⁴⁴⁴ Pese a que la coordinación de los actos públicos debería ser la regla, aquello es más un ideal que una certeza. De hecho, existen pronunciamientos y actuaciones opuestas o incoherentes que deben someterse a la solución de antinomias. En Ecuador, la solución de antinomias la realiza el Procurador General del Estado a través de pronunciamientos vinculantes, en virtud de la LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

⁴⁴⁵ Particular dificultad tiene el control de grupos delictivos o insurrectos cuyos actos en principios no están bajo control del Estados, por su propia naturaleza antijurídica, sin embargo, corresponde a este actuar de forma diligente en la investigación y sanción. Sobre el tema ver: Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

un control internacional previo o concurrente, bajo la máxima de no intervención en asuntos internos.⁴⁴⁶

1.1. Atribución por actos privados.

Parecería obvio pensar que la responsabilidad internacional del Estado se da únicamente por actos de funcionarios o dignatarios. Esto no es absoluto ya que existe atribución por actos privados, en los que incluso la actuación del agente público es gravitante. Determinar la relación causal y correlación entre actos privados, que no son dados por agentes públicos, ni en el ejercicio de una potestad pública, para efectos de atribución representa una mayor dificultad. *Prima facie*, ante una demanda el Estado negará tal posibilidad, sin embargo de que aquella exista.

Desde el año 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴⁴⁷ estableció que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no han adoptado medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.⁴⁴⁸ Este tema de atribución muy probablemente se extenderá a un mayor espectro casuístico.

En 1993 la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de la ONU instó a los Estados a actuar con diligencia con el objeto de “prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares” y lo mismo hizo la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing de 1995. En el 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que “[t]omando como base la práctica y la *opinio juris* [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer.”⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Cuando los actos que generan responsabilidad internacional son cometidos por grupos insurgentes extranjeros, dichos actos no le son atribuibles al Estado, en razón de que no pudo haber ejercido control o coacción para disuadirlos; lo dicho bajo el entendido de que no ha ofrecido financiamiento o asistencia.

⁴⁴⁷ Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, 1979.

⁴⁴⁸ CEDAW, Recomendación General N.19, Período de Sesiones N. 11. Parf. 9, 1992.

⁴⁴⁹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y No Discriminación, 2019. Pág. 150, Parf. 254. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>

Para que un acto o hecho, generador potencial de responsabilidad, sea atribuido al Estado, se deberá considerar las obligaciones constantes en los tratados internacionales vigentes o cualquier otra fuente internacional.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿es necesario que un Estado deba firmar y ratificar un tratado internacional para ser responsable?. Es lógico que los Estados que auspician, financian o hacen propaganda del terrorismo y demás actos de violencia o discriminación, no van a hacerlo, en tal sentido, pretenderán defenderse argumentando el principio de *nulla poena nullum crimen sine lege*.

Cuando existe una acción u omisión dañina contra Estados extranjeros o sus representantes, la imputación y atribución de los hechos es más evidente que cuando actos potencialmente similares son cometidos contra persona naturales nacionales que no podrían acceder a algún tipo de protección internacional sin haber agotado previamente las instancias locales.⁴⁵⁰

El ejercicio de actos de poder de un Estado puede atribuirle responsabilidad directa o indirecta, en caso de haber permitido o asistido a otro Estado en el cometimiento de ilícitos internacionales. En este sentido, la responsabilidad indirecta resulta de muy difícil aplicación con respecto a la responsabilidad derivada de actividades comerciales o de impago de deudas.

Es importante considerar al daño como el valor central de la afectación y consecuente responsabilidad, debido a la acción u omisión traducida en el incumplimiento de normas o compromisos internacionales. En ciertos casos, bien no podría existir un daño inminente o cuantificable, pero un Estado podría exigir a otro que cese una conducta o tome acciones sobre algún tema, sin que una sentencia internacional contemple necesariamente una suma reparatoria del daño.

1.2. Deberes de los Estados.

Establecer si el Estado tiene únicamente las obligaciones que desea asumir convencionalmente o además debe respetar principios no escritos de derecho

⁴⁵⁰ El tema de protección diplomática y agotamiento de recursos locales es tratado en el Capítulo IV, referido a jurisdicción internacional.

internacional no es una cuestión fácil de categorizar ni compaginar. A esto se agrega la obligación puntual que debe asumir un representante o autoridad pública.

La Carta de la OEA⁴⁵¹ ha delimitado los deberes y obligaciones de los Estados, hecho que para el Ecuador es un referente en el ejercicio y limitación del poder público, en cuanto a la responsabilidad internacional. La referida regulación expresa:

- Principio de igualdad: Hipótesis de que existen iguales derechos y capacidad para ejercerlos, junto a una igualdad de deberes.⁴⁵²
- Obligación de respetar los derechos de otros Estados, de acuerdo con el derecho internacional.⁴⁵³
- Los derechos fundamentales de los Estados no pueden ser menoscabados:⁴⁵⁴ Cuestión aparentemente evidente, pero que en un caso concreto podría llevar a discusiones intensas sobre derecho positivo y natural.
- Reconocimiento de Estados: La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento internacional.⁴⁵⁵ Este aspecto es otra cuestión compleja que enfrenta al derecho constitucional local con principios generales del derecho internacional. A lo manifestado se agrega la existencia de procesos armados y la imposición de sistemas por la fuerza. Por otro lado, éste principio tiene una carga contradictoria, además, si el reconocimiento no es esencial su utilidad se pierde.
- El reconocimiento implica la aceptación de la personalidad del Estado:⁴⁵⁶ Cabe recordar que ni el derecho internacional ni el derecho constitucional otorgan personalidad al Estado como acto constitutivo, y éste más bien se traduce como un atributo dado en la esfera del derecho administrativo.
- El derecho del Estado a proteger su existencia faculta a ejecutar actos injustos contra otros:⁴⁵⁷ En temas limítrofes y territoriales existen particulares complejidades, en este sentido, la casuística ha mostrado que los Estados agresores suelen victimizarse en instancias de política internacional.

⁴⁵¹ Carta de la OEA, 1948. El instrumento original ha sido modificado por los siguientes Protocolo: Buenos Aires 1967, Cartagena de Indias 1985, Washington D.C. 1992 y Managua 1993.

⁴⁵² Sobre el tema ver: Carta de la OEA, Art. 10.

⁴⁵³ Ibidem, Art. 11.

⁴⁵⁴ Ibidem, Art. 12.

⁴⁵⁵ Ibidem, Art. 13.

⁴⁵⁶ Ibidem, Art. 14.

⁴⁵⁷ Ibidem, Art. 15.

- El ejercicio de jurisdicción Estatal territorial sobre nacionales o extranjeros debe guardar las complejidades del DIPr: En principio, varía grandemente el derecho público del privado.
- El respeto a los tratados internacionales⁴⁵⁸ permite el desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados: Destaca el hecho de que no se habla de derecho internacional, ya que, en la práctica los tratados representan una parte reducida de tal espectro. Literalmente, si un Estado autoritario denuncia los tratados internacionales estaría exento de su observancia, sin embargo, aquello no sería admisible bajo un análisis teleológico y sistemático.
- Principio de no intervención:⁴⁵⁹ Constituye una limitación directa o indirecta, sea cual fuere el motivo. Como principio declarativo es sustancial, no obstante, debe ser graduado y limitado principalmente bajo el argumento *minima de malis*, en el sentido de evitar un mal mayor. Es claro que un país sometido a tiranía no puede recomponerse a instancias de dialogo interno, además, si la tiranía tiene vocación internacionalista pretenderá expandir sus tentáculos afectando a otros sujetos de derecho internacional. Por ejemplo, si la comunidad internacional no hubiese sido tan contemplativa con Hitler, seguramente se hubiese evitado el crecimiento exponencial del problema. Lo mismo puede decirse cuando se hacen negocios con el enemigo, es decir, incrementar su potencial agresor bajo el argumento de respetar sus decisiones internas. La comunidad internacional debe poner límites extraordinarios en consideración a situaciones igualmente extraordinarias.
- El uso legítimo de la fuerza⁴⁶⁰ debe limitarse a la legítima defensa: De conformidad con los tratados internacionales vigentes o en cumplimiento de aquellos,⁴⁶¹ es necesario establecer una correlación clara entre este principio y el de no intervención.

La determinación de derechos y deberes fundamentales del Estado establece pesos y contrapesos que equilibran el sistema. Esta enumeración es particularmente efectiva respecto a intervencionismos extranjeros y amenazas que puedan afectar la soberanía de cada Estado. Sin embargo, el tema del desarrollo económico como derechos de los Estados frente al *pacta sunt servanda* en aspectos de comercio e inversión, por su

⁴⁵⁸ Carta de la OEA, Art. 18.

⁴⁵⁹ Ibidem, Art. 19.

⁴⁶⁰ Ibidem, Art. 22.

⁴⁶¹ Ibidem, Capítulo IV Derechos y Deberes Fundamentales de los Estados.

sofisticación, representan mayores dificultades al momento de establecer una posible responsabilidad del Estado.

Un ejemplo de lo manifestado se encuentra en la adopción de medidas de gobierno que no afectan principios de derecho internacional ni las citadas obligaciones de los Estados, pero que, pese a aquello pueden influir en las legítimas expectativas de ganancia de un inversionista extranjero. Equilibrar la seguridad jurídica de actores privados extranjeros con el derecho colectivo al desarrollo del Estado se convierte en un reto, ya que aquello no se encuentra regulado.

2. RESPONSABILIDAD PERSONAL Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS.

Desde los albores de la historia se ha pretendido garantizar al gobernante el no ser juzgado como consecuencia de sus actos de gobierno. Un dignatario requiere de resguardos para ejercer sus labores, caso contrario toda decisión tendría aparejada una posible sanción política, administrativa, civil o penal, siendo que esto ha precedido cuestiones de responsabilidad personal, tanto por actos o hechos contrarios a la ley o conformes a ella.

Es importante conocer la inmunidad de jurisdicción del Estado con relación a la responsabilidad de sus agentes o representantes. Internacionalmente, establecer si es responsable únicamente el Estado o también las personas que actuaron a su nombre y representación, no es un tema sencillo, debido a que el derecho internacional otorga privilegios e inmunidades a altos oficiales y representantes, en una lógica de reciprocidad reconocida por la diplomacia internacional.

Las actuales garantías constitucionales tutelan los derechos y libertades de las personas,⁴⁶² distando de la antigua institución del *homine libero exhibendo*, tanto en extensión como

⁴⁶² Los derechos fundamentales de las personas deben diferenciarse de los derechos fundamentales de los Estados, conocidos éstos últimos como: integridad, igualdad y no intervención política o armada. Interesantemente, todo Estado tiene derecho a una reparación legal cuando ha sido internacionalmente afectado, en correlación esto implica la responsabilidad internacional de otros Estados. El eje central para la efectivización de los derechos fundamentales de los Estados es el cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales. Sin buena fe u observancia del principio *pacta sunt servanda*, no es posible la cooperación internacional ni el establecimiento de un orden jurídico. El principio de igualdad jurídica se extiende tanto a derechos como al respeto de obligaciones; en tal sentido, todo Estado es internacionalmente responsable. Asdrúbal Aguiar A., “La Responsabilidad Internacional del Estado por violación de Derechos Humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, San José, 1993, Pág. 130. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>

en contenidos. Proponer un derecho sin una suficiente y oportuna garantía puede carecer de validez práctica. Parecería vincularse de forma directamente proporcional el hecho de que, a más respeto de garantías constitucionales, menor sería la posible existencia de una responsabilidad internacional del Estado.

Las garantías constitucionales no están concebidas únicamente para una protección eficaz e inmediata de los derechos constitucionales, sino que su espectro se amplía también a las garantías constantes en instrumentos internacionales.⁴⁶³ En efecto, las garantías tienen por objeto “la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.”⁴⁶⁴ Correlativamente, parte de la efectividad de las garantías se sustenta en la oportuna utilización de medidas cautelares con el objeto de limitar o interrumpir la violación de derechos.

Sustancialmente, el principio de supremacía de la Constitución es una de las más importantes garantías,⁴⁶⁵ sin perjuicio de que el hecho de que aquella prime sobre normas de menor jerarquía no solucione el problema sobre la responsabilidad internacional del Estado, ya que en un litigio internacional se utilizarán principios y estándares del derecho internacional.

Las doctrinas monista o dualista⁴⁶⁶ hasta la fecha no han permitido solucionar uno de los problemas fundamentales de jerarquía y relacionamiento entre el derecho local y el derecho internacional. Las garantías constitucionales implementan un equilibrio al propender la progresividad del derecho y evitar que el orden constitucional pueda ser desconocido. Interesantemente, a pesar de esta naturaleza conservativa, se entiende como parte integrante de las garantías constitucionales a la propia reforma de la Constitución.⁴⁶⁷

⁴⁶³ LOGJCC, Art. 1.

⁴⁶⁴ Ibidem, Art. 6.

⁴⁶⁵ Sobre el tema ver: Hans Kelsen, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, traducido por Rolando Tamayo, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 15, Madrid 2011, Págs. 249-300.

⁴⁶⁶ El tema es tratado en extenso en el Capítulo II.

⁴⁶⁷ La C.E. limita la reforma Constitucional así como de otras normas, a saber: “Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.” (subrayado fuera del texto original).

El potencial riesgo político entre los autodenominados líderes políticos buenos y malos, abre las puertas a un maniqueísmo que debe ser evitado por la ciencia jurídica.

En mayor o menor medida, las garantías son el reflejo del sentir político del Estado que ha puesto como valores supremos (en muchos casos intemporales e indeterminados) un conjunto de derechos que deben ser resguardados. A la luz del derecho internacional (*ius cogens*), los derechos fundamentales no pueden depender únicamente del dictado de normas locales.⁴⁶⁸ Teóricamente, el derecho es algo más que un conjunto de normas positivas, sin descocer que estas tienen un rol integrador mayúsculo.

3.2.1 Las garantías.

La adecuación de la ley y otras normas jerárquicamente inferiores a la Constitución ha permitido que paulatinamente ésta pase de ser un acuerdo de conveniencia política, para consolidarse como un instrumento jurídico. El derecho adecuado a la Constitución se presume legítimo, para cuyo efecto se prevén ciertos mecanismos.

Las garantías jurisdiccionales fueron creadas como forma de limitar el poder público, siendo que el sistema adoptado por el Ecuador tiene inspiración constitucional europeo continental y dista del *judicial review* de U.S.⁴⁶⁹

En Ecuador, la principal garantía jurisdiccional es la acción de protección, la cual tiene por objeto “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño

⁴⁶⁸ La existencia de un marco local de garantías constitucionales es fundamental para lograr su respeto. Enrique Álvarez C., *Derecho Constitucional*, Novena edición, Tecnos Ebook, Madrid, 2019, Pág. 30.

⁴⁶⁹ “I do not understand that the written constitutions of France and of the South American Republics differ materially from the Constitution of the United States, from which they were all patterned. No other Government permits the judiciary to nullify the doings of the legislature. Who supposes for a moment that if the French judiciary had assumed such power, or had been given such power by the Constitution, government changes would have been materially less? Who claims that any such exaltation of judicial authority would have saved the Latin-American States from the anarchy that has blighted them? Have Brazil and Argentina gained their new quiet by conferring new powers upon the judiciary.” Henry Colman, “Constitutional Guarantees”, *The North American Review*, 201 (710), Iowa, 1915, Pág. 115.

grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”⁴⁷⁰

Adicionalmente, por vez primera en la historia del control constitucional, Ecuador incorporó la acción extraordinaria de protección⁴⁷¹ que consiste en la posibilidad de recurrir ante la CrCE para encontrar remedios constitucionales contra sentencias ejecutoriadas y/o autos definitivos, cuando se haya presuntamente violado, ya sea por acción y omisión, derechos constitucionales.

Como requisito, se exige el agotamiento de todos los procedimientos y recursos aplicables al caso, salvo que la falta de interposición de aquellos no le sea atribuible al afectado. Como se observa, tiene un propósito innovador, existiendo la posibilidad de que la CrCE afecte derechos por su falta de atención oportuna. Así, la CrCE “pasa de ser un órgano vinculado a la tutela objetiva del orden constitucional, a ser entendida como un órgano dirigido a la tutela de derechos subjetivos. Dicha situación conlleva problemas respecto del volumen de litigiosidad, la capacidad de tramitación y respuesta en un tiempo prudencial.”⁴⁷²

La existencia de recursos no necesariamente se traduce en reparación a derechos vulnerados, pues esperar el agotamiento de todos los recursos puede agravar la situación del afectado que pretende una reparación internacional. Por otro lado, destaca la posibilidad de que la acción extraordinaria de protección sea usada en un proceso arbitral, que se caracterizan por tener únicamente el recurso de nulidad⁴⁷³ según la *lex arbitri*.⁴⁷⁴

La PGE mediante Resolución No. 45⁴⁷⁵ estableció el procedimiento para interponer la acción extraordinaria de protección respecto de laudos dictados en contra del Estado.

⁴⁷⁰ C.E., Art. 88.

⁴⁷¹ C.E., Art. 94.

⁴⁷² Manuel Carrasco D., “La Acción Extraordinaria de Protección: Perspectiva de Evolución, desde la Experiencia Europea”, *Revista IURIS*, No. 16, Volumen No 2, Bianaual, Cuenca, 2017. Pág. 93.

⁴⁷³ Sobre el tema ver: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.

⁴⁷⁴ La Corte Constitucional del Ecuador, dentro del Caso N. 323-13-EP/19, el 19 de noviembre de 2019 determinó la relación del agotamiento de la nulidad y la acción extraordinaria de protección. Las causales de nulidad en arbitraje son restringidas.

⁴⁷⁵ PGE, Resolución No. 45, Registro Oficial Edición Especial 625 de 3 de junio de 2020.

Cabe anotar que tanto los laudos nacionales como internacionales pueden ejecutarse en el extranjero bajo la convención de Nueva York de 1958.⁴⁷⁶

El garantizar formalmente los derechos de una persona afectada, constituye un elemento importante de defensa para el Estado. Claro está que, este agotamiento de recursos en algún momento puede entorpecer la oportunidad de acceder a instancias internacionales.

La violación del derecho y la falta efectiva de aplicación de las garantías constitucionales puede originar responsabilidad personal de funcionarios o representantes del poder público. Por ejemplo, en el Acuerdo de la OTAN⁴⁷⁷ se estableció que no se reclamaría inmunidad de jurisdicción de los tribunales del Estado receptor para los miembros de una fuerza o componente civil con respecto a la jurisdicción civil de los tribunales de aquel, excepto en la medida prevista en el Art. VIII. 5.⁴⁷⁸ Aquello también constituye un ejemplo interesante de cómo pueden coexistir diversos niveles de responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad personal se presentan inquietudes tales como: “Personal responsibility presupposes two things: first, a certain causal connection between the person and the outcome; and second, the capacity for intentional action on the side of the person. At the end of the day, attributing personal responsibility is not a mechanical process but a normative activity, taking ‘normal powers of agents’ as the norm in judging whether a particular agent should have been able to foresee the outcomes of his or her action. This is why we generally ascribe responsibility to persons above the age of reason,

⁴⁷⁶ PGE, Resolución No. 45.

⁴⁷⁷ Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, NATO, 1949.

⁴⁷⁸ Ibidem, Art. VIII (5): “Claims (other than contractual) arising out of acts or omissions of members of a force or civilian component done in the performance of official duty, or out of any other act, omission or occurrence for which a force or civilian component is legally responsible, and causing damage in the territory of the receiving State to third parties, other than any of the Contracting Parties, shall be dealt with by the receiving State in accordance with the following provisions: Claims shall be filed, considered and settled or adjudicated in accordance with the laws and regulations of the receiving State with respect to claims arising from the activities of its own armed forces. The receiving State may settle any such claims, and payment of the amount agreed upon or determined by adjudication shall be made by the receiving State in its currency. Such payment, whether made pursuant to a settlement or to adjudication of the case by a competent tribunal of the receiving State, or the final adjudication by such a tribunal denying payment, shall be binding and conclusive upon the Contracting Parties. Every claim paid by the receiving State shall be communicated to the sending States concerned together with full particulars and a proposed distribution in conformity with sub-paragraphs e. (i), (ii) and (iii) below.”

but not to young children and non-human, animals, because they are not able to foresee and understand the consequences of their actions.”⁴⁷⁹

Por su parte, la responsabilidad colectiva en derecho internacional es una teoría todavía en construcción que seguirá teniendo avances en correlación a la casuística presentada.⁴⁸⁰ La progresividad del derecho da a entender la paulatina ampliación del esquema de responsabilidad internacional de personas naturales.

Así mismo, debe anotarse que el hábeas data no es una institución desarrollada por el constitucionalismo anglosajón, de hecho, sus textos y decisiones no la toman en consideración.

El acceso a la información pública es fundamental para el ejercicio de la defensa de derechos contra actos arbitrarios e injustificados del poder público.⁴⁸¹ La persona afectada puede solicitar a cualquier juez, que actuará como juez constitucional, la corrección o rectificación de información personal que no haya realizado la respectiva entidad pública, además tiene la posibilidad de demandar indemnización por los perjuicios ocasionados. Estos temas tienen potenciales incidencias respecto a la responsabilidad del Estado.

La posibilidad de realizar correcciones a la información personal abre la puerta al llamado hábeas data financiero, a través de cual podría saldarse una deuda inexistente o arbitraria, impuesta unilateralmente sobre información errada. En el presente caso, la corrección no se limita a entidades públicas, sino que se hace extensiva al sistema financiero en general. El denominado Fair Credit Reporting Act de U.S. (FACTA),⁴⁸² desde 1970 ha sido un referente internacional sobre la materia, sin embargo, está lejos de localizarse en la esfera constitucional de protección de derechos, ya que su contexto es legal y dentro del sistema de defensa de derechos del consumidor; sin embargo, la posibilidad de determinar correcciones y responsabilidades la hacen en un necesario referente.

⁴⁷⁹ Roland Pierik, “Shared Responsibility in International Law: A Political Economy Analysis” en Jessica N. M. Schechinger (Author) & André Nollkaemper & Dov Jacobs (Eds.), *Distribution of Responsibilities in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, Pág. 42.

⁴⁸⁰ André Nollkaemper & Dov Jacobs, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework*, 34 MICH. J. INTL L. 359, Michigan, 2013, Pág. 368. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=mjil>

⁴⁸¹ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Art. 92, Ley 24 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 337 de 18 de mayo de 2004.

⁴⁸² Fair Credit Reporting Act (FCRA), 15 U.S.C. § 1681, is U.S., 1970. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-84/pdf/STATUTE-84-Pg1114-2.pdf#page=1>

En Ecuador, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células,⁴⁸³ es la única norma ajena a la seguridad nacional que limita el acceso a la información pública por consideraciones de interés general.⁴⁸⁴ Este es un tema que no está exento de generar responsabilidad al Estado, aunque la garantía de hábeas data está presente.

El interdicto romano (*homine libero exhibendo*) denominado “hábeas corpus” ha sido incorporado como otra garantía que limita en este caso actos arbitrarios que pueden generar responsabilidad al Estado, con referencia a responsabilidad personal y garantías. La privación injustificada y arbitraria de la libertad ha propiciado condenas internacionales, por ello la C.E. precautela el derecho a recuperar la libertad ante actos abusivos o ilegítimos, en aras de proteger la vida y la integridad de la persona.⁴⁸⁵

A diferencia de lo que sucede con el hábeas data, el hábeas corpus tiene una vigencia y tradición en el derecho constitucional anglosajón. El hábeas corpus fue incorporado en la Magna Carta Libertatum de 1215 y posteriormente en la Ley de Habeas Corpus de 1679,⁴⁸⁶ la cual tuvo aplicación extraterritorial como en el caso de Nueva Zelanda.

En la Constitución de U.S. se establece la posibilidad de limitar el habeas corpus⁴⁸⁷ en circunstancias excepcionales como invasión, rebelión y amenazas a la seguridad pública a través de la denominada “*suspension clause*”. Aunque se entiende que la atribución corresponde al Congreso, destaca en la historia la suspensión realizada por el presidente Abraham Lincoln en la guerra civil (1861- 1865).

Interesantemente, la institución del hábeas corpus ha tenido en U.S. un análisis y aplicación ante circunstancias de derecho internacional, como se mira en los Capítulos IV y V de la presente investigación. Así, bien puede decirse que existe una moderna aplicación de la institución: “Supreme Court's authority to issue an (inaptly named) original writ of habeas corpus is, paradoxically, perhaps its most exotic form of appellate power. The Court frequently decides habeas cases, but only pursuant to its authority to entertain certiorari petitions from lower courts. Few are even aware that the Court or its Justices may issue an original habeas writ, directing the release of a prisoner, from their

⁴⁸³ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, Ley 0 publicada en el Registro Oficial No. 398 de 4 de marzo de 2011.

⁴⁸⁴ Ibidem, Art. 11.

⁴⁸⁵ C.E., Art. 89.

⁴⁸⁶ Habeas Corpus Act 1679. Disponible en: <https://www.bl.uk/learning/timeline/item104236.html>

⁴⁸⁷ Constitución de Estados Unidos, Article I, Section 9, Clause 2.

own chambers. Such relief has not issued since 1925 (see *Ex parte Grossman*, 267 U.S. 87), and the leading Supreme Court treatise describes the jurisdiction as an anachronism. Until last year, a half-century had elapsed before the Court exercised even its related original habeas power to transfer a petition within the Federal Judiciary. (re *Davis*, 130 S. Ct. 1, 1 (2009); *Hayes v. Maryland*, 370 U.S. 931, 931 (1962), *Chaapel v. Cochran*, 369 U.S. 869, 869)”⁴⁸⁸

Finalmente, otra de las garantías constitucionales relevantes en Ecuador, respecto a la responsabilidad internacional del Estado, es la denominada “acción por incumplimiento” que tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos.⁴⁸⁹ La CrCE tiene un rol protagónico en el tema.

Al incluir el cumplimiento de normativa y sentencias internacionales, se permite una tutela efectiva para resguardar valores y principios que no pueden ser contrariados por decisiones locales. Las sentencias⁴⁹⁰ internacionales en cuestiones comerciales, de inversión, derechos humanos, etc., deben ser cumplidas de buena fe por el Estado. Cabe mencionar que la acción por incumplimiento no existe en el ámbito anglosajón, y que dentro de la cultura jurídica ecuatoriana resulta nuevo al estar presente a partir de la expedición de la C.E.

3. ACTOS DEL PODER PÚBLICO Y SUS IMPLICACIONES FRENTE A LOS SUJETOS DE DERECHO.

Dentro de la hipótesis investigativa destaca el hecho de qué legislación debe obedecer un funcionario o servidor público. Esto en algunos casos resulta evidente, como en transacciones internacionales en donde es admisible que todo acto del Estado, aun los comerciales, sean entendidos como actos de poder público.

No todo acto realizado por el Estado necesariamente implica que tenga una relevancia general y que involucre cuestiones soberanas. No es lo mismo el acto que realiza un

⁴⁸⁸ Lee Kovarsky, “Original Habeas Redux”, *Virginia Law Review*, vol. 97, No. 1, Virginia, 2011, Pág. 62.

⁴⁸⁹ C.E., Art. 93.

⁴⁹⁰ Según el Art. 52 de la LOGJCC, el cumplimiento no se limita a sentencias, sino que es extensivo a decisiones e informes de organismos internacionales.

funcionario público en temas de derecho administrativo que respecto a negocios que puede instrumentar una empresa mercantil propiedad del Estado.

Determinar la relevancia de la noción de personalidad o personería jurídica⁴⁹¹ en derecho público internacional tiene una particular importancia, la cual se mira acrecentada cuando se analizan actos contractuales, reglamentarios, procesales, etc. Es por demás elemental que el Estado, al ser actor económico, realice actos que pueden asimilarse al ejercicio de poder soberano. Además, es innegable que el Estado puede ser propietario o accionista de empresas de comercio, financieras, de servicios, etc, que tengan activos locales o localizados en el exterior.

En la República del Ecuador, la C.E. no habla de personalidad o personería del Estado, la única norma que lo hace es de carácter inferior y de naturaleza administrativa,⁴⁹² es decir, fuera del ámbito constitucional e internacional.

Uno de los puntos más difíciles para la teoría jurídica ha sido el determinar la personalidad jurídica de los Estados, más aún cuando hacemos un análisis de derecho comparado. De este modo, se ha anotado: “Legal personality is a controversial concept of international law. But it is, of course, not a concept confined to the international legal system. It represents one of the pillars of municipal law as well.”⁴⁹³

El vínculo entre la noción de personalidad del Estado y las relaciones internacionales igualmente despierta inquietudes. Diversos autores se han cuestionado respecto a que si el derecho internacional ofrece o no respuesta sobre la personalidad jurídica

⁴⁹¹ El COA en su Art. 43, respecto a la noción de personalidad, hace mención a un ámbito subjetivo. De esta forma el término persona identifica a las personas jurídicas, públicas o privadas, y a aquellos entes que, aunque carentes de personalidad jurídica, el ordenamiento jurídico otorga derechos y obligaciones con respecto a la administración, tales como, comunidades de personas o bienes, herencias yacentes, unidades económicas o patrimonios independientes o, en general, universalidades de hecho o de derecho, etc.

⁴⁹² El Art. 46 del COA, sobre la noción de personalidad jurídica, establece que el Ecuador tiene personalidad jurídica única en sus relaciones de derecho internacional, con independencia de su organización interna. Agrega que su representación y delegación se rigen por las disposiciones de la C.E. y las leyes específicas en la materia. La administración pública central, las personas jurídicas de derecho público creados por la C.E. y la ley y las empresas públicas, tienen personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno. Las divisiones funcionales de la administración pública central carecen de personalidad jurídica.

⁴⁹³ Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Notion, Cambridge, 2010, Pág. 7.

internacional.⁴⁹⁴ En derecho internacional destacan los sujetos por reconocimiento, sin embargo, para temas procesales se busca anclajes en aspectos de personalidad.

El tema de sujetos de derecho internacional es complejo. El derecho internacional en su dogmática utiliza la expresión “sujetos de derecho internacional” (*subjects*), y no la de “personas jurídicas”, para referirse a temas internacionales o actos que tienen elementos de extranjería. Como se refirió de forma general anteriormente, el derecho internacional no otorga personalidad jurídica por el mismo hecho de que no hay una autoridad supranacional con tales atribuciones. La personalidad jurídica se crea al amparo del derecho local.

Se entiende que son sujetos de derecho internacional aquellos que pueden ser demandantes o demandados, sobre la base de derechos o estándares supranacionales. Las personas naturales o empresas, aun teniendo personería o personalidad jurídica, tradicionalmente no han tenido tal capacidad al no ser considerados como sujetos activos del derecho internacional público. Es decir, la capacidad de demandar procesalmente en ciertos foros no otorga tal naturaleza.

Ser sujeto de derecho internacional implica, entre otros aspectos, asumir la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones del derecho internacional. Sobre el tema: “come authors believe that international law subjects should be able to take part in the creation and modification of norms of international law.”⁴⁹⁵ Esta es una expresión que cada vez tiene menos sentido debido al rol de las organizaciones privadas e individuos en particular.

Adicionalmente, para ser sujeto de derecho internacional no basta con un acto constitutivo de derecho local, el cual puede otorgar su naturaleza o jerarquía. Históricamente, los Estados han sido los sujetos tradicionales del derecho internacional en base a un reconocimiento dado por otros Estados. El reconocimiento se ha fundado en una reciprocidad vinculada a la conveniencia y a la cortesía internacional. Al no existir un derecho positivo supranacional, ni un poder público global, el llamado *Comitas*

⁴⁹⁴ Anthony Carty, “International Legal Personality”, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2010, Pág. 81.

⁴⁹⁵ Petra Perišiæ, “Some remarks on the international legal personality of individuals”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 49(2), 2016, Pág. 225.

*Gentium*⁴⁹⁶ ha sido utilizado para instrumentalizar reconocimientos recíprocos. Resulta imposible especificar taxativamente cuales son los actos de cortesía, ya que aquella se encuentra transversalmente presente en todo el ámbito internacional.

El reconocimiento no tiene únicamente un efecto positivo o favorable, ya que se reconoce a las organizaciones o grupos beligerantes como sujetos de derecho internacional para que puedan ser perseguidos y además ser internacionalmente responsables por sus actos, es decir, que puedan ser demandados (*locus standibus*). Los grupos beligerantes, en otro caso distinto, también fueron reconocidos como sujetos de derecho internacional para recibir créditos o financiamiento a sus operaciones.⁴⁹⁷

Lo cierto es que la posibilidad de celebrar tratados internacionales (*ius tractatum*) es reconocida únicamente a los sujetos de derechos internacional, que a más de los Estados se suman las organizaciones internacionales. Si bien operativamente las organizaciones internacionales desempeñan sus competencias contrayendo obligaciones y responsabilidades, es discutible si tienen personalidad jurídica propia plena y general,⁴⁹⁸ en cuanto no tienen un poder soberano autónomo, sino que tienen las atribuciones y financiamiento que los Estados les otorgan. Respecto a los privilegios e inmunidades de los Estados (*ius legationis*), éstos han sido extendidos a ciertas organizaciones internacionales.

⁴⁹⁶ La pregunta sobre si la cortesía es algo más que mera cortesía, sigue presente en las discusiones jurídicas. El hecho objetivo es que las relaciones internacionales han tenido al *Comitas Gentium* como piedra angular del derecho internacional público. Sobre el tema se ha expresado: “Ulrich Huber and his contemporaries’ seventeenth-century understanding of the comitas gentium expressly provided for a basic guarantee of international harmony as a core element of the doctrine. This was extended by Joseph Story and Friedrich Carl von Savigny. During the nineteenth century, the purpose of conflicts law and choice of law was to secure the utility and convenience of international transacting and commerce. It is this traditional function that still must be fulfilled. The world’s legal orders may find themselves in full swing toward approximation, convergence, and even unification. Yet a mere blending of substantive norms and policies will not overcome the real-world obstacles that stand in the way of a truly globalized jurisdictional system.” Tim W. Dornis, “Trademark and Unfair Competition Conflicts”, en *Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives*, I, Cambridge Intellectual Property and Information Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, Pág. 384.

⁴⁹⁷ Un ejemplo de ello puede verse en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, Enmienda XIV (1868), que expresa: “4. La validez de la deuda pública de los Estados Unidos que este autorizada por la ley, inclusive las deudas contraídas para el pago de pensiones y recompensas por servicios prestados al sofocar insurrecciones o rebeliones, será incuestionable. Pero ni los Estados Unidos ni ningún Estado asumirán ni pagarán deuda u obligación alguna contraídas para ayuda de insurrecciones o rebeliones contra los Estados Unidos.”

⁴⁹⁸ La discusión varía dependiendo la naturaleza y trascendencia de la organización internacional. El caso de la U.E., que constituye un poder político y soberano supranacional, es un ejemplo de aquello, frente a organizaciones sin tal importancia.

Por otro lado, personas de derecho privado, sean naturales o jurídicas, sin ser sujetos tradicionales de derecho internacional, tienen la capacidad de demandar internacionalmente al Estado.⁴⁹⁹ En la historia del Ecuador, ninguna de sus 20 constituciones y múltiples reformas han otorgado personalidad jurídica al Estado, tal como lo haría un estatuto constitutivo propio de derecho público en otros niveles (creación de órgano adscrito, empresa pública, corporación, fundación, universidad, etc.).

Como se comentó en su momento, la primera norma en Ecuador con referencia al tema de personalidad corresponde al ámbito del derecho administrativo. Puntualmente, en el COA se expresa que el Estado ecuatoriano tiene personalidad jurídica única en sus relaciones de derecho internacional.⁵⁰⁰ Antes del citado código la historia legal del Ecuador no tuvo una disposición similar.

Con dicho antecedente, surgen las siguientes preguntas que van desde: ¿una norma administrativa local puede tener efectos internacionales en relaciones de derecho internacional público y/o privado?; hasta ¿si tal regla elimina la doctrina de la doble personalidad del Estado?, ya que el Estado, a más de ejercer las competencias que constitucional y legalmente le corresponden, de hecho realiza actos de comercio o inversión a través de sus empresas o negocios con potenciales implicaciones transfronterizas.

En el caso de Ecuador, el Presidente de la República no es el representante del Estado para efecto de demandas **internacionales**, arbitrales o judiciales. Es el Procurador General del Estado quien está a cargo de la representación judicial del Estado y sus entidades,⁵⁰¹ en sede local, extranjera o internacional, por lo tanto, cuando se quiera o deba demandar al Estado ecuatoriano debe hacerse en la persona del Procurador General.⁵⁰²

De otro lado, la teoría de la doble personalidad del Estado tampoco es parte de la tradición constitucional local, sino que ha sido una figura del derecho administrativo que permite

⁴⁹⁹ Particularmente, en arbitraje internacional de inversión tanto empresas como personas pueden activar tratados internacionales, pese a no ser parte de ellos, en un esquema de garantías unilaterales para el inversionista, y bilaterales respecto de los estados firmantes.

⁵⁰⁰ COA, Art. 46.

⁵⁰¹ C.E., Art. 237.

⁵⁰² LOPGE, Art. 6 “Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado.”

dar explicaciones a las actuaciones del poder público, y a dar posibles soluciones a los problemas casuísticos.

Al igual que el propio derecho administrativo, la “teoría de la doble personalidad del Estado” se originó en Francia, a partir de los arrêts Rotschild y Blanco (Consejo de Estado 1855 y Tribunal de Conflictos 1873, en Francia); Rotschild: “El Estado, divide su actuación en dos órdenes diferentes: los actos de gestión realizados como propietario y los actos de autoridad efectuados como poder público.... Diferenciación entre actos de autoridad y actos de gestión, a partir de las ideas de Eduardo Julián Laferrière” (“Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux”, primera edición de 1886).⁵⁰³

La teoría de la doble personalidad del Estado no es universalmente aceptada, considerando además que la doctrina de la personalidad única es la que actualmente prevalece, como sucede en la legislación de Ecuador. Sin embargo de ello, sirve como referente para entender los actos en derecho internacional llamados actos *iure imperii* y *iure negotii*. El hecho es que el Estado funcionalmente realiza varias actividades y en tal sentido, no todos sus actos están protegidos por privilegios unilaterales ni inmunidad soberana, al igual que no todo contrato del Estado es un contrato que deba someterse al derecho público, sino también al derecho común. Así, los actores de las relaciones internacionales, al referirse a la nacionalización y a la estatización dentro del contexto de la soberanía del Estado en el plano internacional, vislumbran la distinción tradicional entre los actos *iure imperii* y los actos *iure negotii*.

Tanto en la práctica como en el ordenamiento jurídico se crea una sutil diferenciación cuando se trata de funciones del Estado relacionadas con el ejercicio de la vida económica, enfocada a garantizar un estatus especial a los servicios económicos que presta, bajo la figura de empresas públicas que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Sobre el tema, Konstantin Katzarov manifiesta: “This well defined tendency expresses the desire of the State to separate public law in the strict sense of the word - the jus

⁵⁰³ Fernando Gómez de Lara, *La Contratación de Bienes, Arrendamientos y Servicios en la Administración Pública Federal*, Editorial VLex, 2010, Pág.18.

imperii- from the law governing the economic activities of the nationalised undertakings, the *jus negotii*”⁵⁰⁴.

En tal virtud, la actividad económica del Estado a consecuencia de la nacionalización tiene su razón de ser en criterios de orden superior y de servicio al interés general, sin importar la posibilidad de obtención de ganancias comerciales o consideraciones tributarias, motivo por el cual no cae bajo el paraguas *ius negotii*, sino bajo aspectos *ius imperii*.

Mas allá de las complejas disquisiciones teóricas, es evidente que si una empresa del Estado, o un representante de este, realiza actos de comercio o actúa en el mercado privado, no está ejerciendo actos de poder. Sin embargo, el tema no resulta evidente en tiranías, donde cualquier capricho del déspota es asimilado como una cuestión de Estado.

Cumplir con el derecho local dista abiertamente respecto de la aplicación de un sistema público a un privado, aunque la propiedad de los intereses en el último caso corresponda al Estado.

4. GLOBALIZACIÓN Y EL PODER PÚBLICO.

Pese a que la globalización es un hecho innegable, los funcionarios públicos reciben su autoridad e investidura del derecho local. El derecho público local es mandatorio, razón por la cual debe ser respetado, lo dicho sin perjuicio de márgenes de discrecionalidad reglada que pueda prever la misma ley.

La expresión globalización ha sido utilizada desde hace algunas décadas para referir sistemas sociales, culturales y políticos que ofrecen entornos comunes en base a una homogenización de gustos, comportamientos, satisfacción de necesidades, etc. La expresión como tal tiene una preponderancia dentro de una noción económica.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ Konstantin Katzarov, *The Theory of Nationalisation*, en Anthony W. Bradley Editor, Edición ilustrada, Springer Science & Business Media, Sofia, 2012, Pág. 99.

⁵⁰⁵ “El término ‘globalización’ se utiliza para describir una variedad de cambios económicos, culturales, sociales y políticos que han dado forma al mundo en los últimos 50 años, desde la muy celebrada revolución de la tecnología de la información a la disminución de las fronteras nacionales y geopolíticas en la cada vez mayor circulación transnacional de bienes, servicios y capitales. La creciente homogeneización de los gustos de los consumidores, la consolidación y expansión del poder corporativo, el fuerte aumento de la riqueza y la pobreza, la ‘McDonaldisation’ de los alimentos y la cultura, y la creciente ubicuidad de las

A diferencia de otras ciencias, el derecho nunca ha tenido un sentido uniforme, ni la globalización ha permitido cambiar los rigurosos esquemas de acreditación de abogados en base a jurisdicciones, que a su vez representan sistemas o contenidos jurídicos particulares. Hasta la fecha, salvo por prácticas arbitrales, no puede decirse que exista un abogado internacional. La acreditación de los abogados sigue siendo estrictamente local.

El derecho público se encuentra excluido del contenido tradicional del DIPr, al tratar sobre temas vinculados al orden público, aquello en base de su carácter mandatorio. No obstante, esto no excluye la posibilidad de que actos o contratos del Estado puedan o deban someterse a las reglas del DIPr.

Por otro lado, por su carácter territorial, el poder público tampoco se regula por tratados o compromisos internacionales, salvo excepciones. El poder público, en principio, es soberano y no subordinado a instancias extranjeras. Lo mencionado, sin perjuicio del hecho de que, aunque a pasos lentos, el derecho también tiende a unificarse. Esto es más visible en el DIPr, donde han existido importantes esfuerzos como el del UNIDROIT⁵⁰⁶ y la CNUDMI (UNCITRAL).⁵⁰⁷ En DIP, principalmente respecto del derecho constitucional y administrativo, no existen organizaciones similares a las mencionadas.

Pese a ello, doctrinalmente se ha introducido la noción de derecho administrativo global,⁵⁰⁸ lo cual genera eventuales dudas y críticas. Aunque es un hecho la necesidad de regular un espacio en creación, la utilización de esa expresión abre muchas inquietudes conceptuales sobre nociones básicas de poder público y soberanía.

Dentro de la noción de globalización el concepto de “*Gobernanza Global*”, ha creado puntos de desencuentro conceptual. El gobierno es la expresión de poder soberano de un pueblo. Se entiende que la soberanía permite elegir diversas formas de gobiernos, en

ideas democráticas liberales, de una u otra manera, se atribuyen a la globalización (Guttal, Shalmali ¿Apertura o decepción?).” Cita referida en: La Globalización, Consejo Europeo 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/globalisation>

⁵⁰⁶ UNIDROIT, Roma, 1926.

⁵⁰⁷ CNUDMI-UNCITRAL, Viena, 1966.

⁵⁰⁸ “Underlying the emergence of global administrative law is the vast increase in the reach and forms of transgovernmental regulation and administration designed to address the consequences of globalized interdependence in such fields as security, the conditions on development and financial assistance to developing countries, environmental protection, banking and financial regulation, law enforcement, telecommunications, trade in products and services, intellectual property, labor standards, and cross-border movements of populations, including refugees.” Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart, “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and contemporary problems*, New York, 2008, Pág. 16.

respeto a mínimos jurídicos. En cuanto a la responsabilidad de funcionarios públicos y las consecuencias que sus actos pueden tener internacionalmente, la expresión gobernanza global trae más dudas que certezas.

El tema puede estar vinculado al ejercicio de un gobierno responsable, junto a prácticas de transparencia y eficacia en la admisión pública, sin embargo, aquello se fundamenta más en cuestiones de administración que de derecho administrativo. Los modelos de gobernanza global no han centrado sus esfuerzos en determinar reglas o principios para el establecimiento de un esquema general sobre responsabilidad internacional del Estado, como el llamado Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.⁵⁰⁹

Sin embargo, el desarrollo de estudios sobre la llamada responsabilidad “*accountability*”, que dista de la “*responsability*” anteriormente anotada, abriría la posibilidad para la determinación de la responsabilidad de gestión a más de la referida al cometimiento de hechos internacionalmente ilícitos. Es decir, un *accountability* global bien podría fundamentarse en valores y principios, antes que en reglas positivas.⁵¹⁰ Si por el contrario, el intento fuera transpolar reglas internas a temas transfronterizos la dificultad sería grande, ya que como se ha mencionado, la división conceptual del derecho administrativo francés (aceptado en Europa continental y América Latina), y el imperante en el ámbito anglosajón⁵¹¹ es tan diferente que buscar una uniformidad es técnicamente inviable, salvo que se propenda a la utilización de figuras híbridas.

La globalización y sus problemas influyen tanto en el poder público como en el ámbito jurídico, generando formas de cooperación y colaboración entre distintos sujetos, incluidos, al decir de Scarciglia, los no estatales (*Non-State Actors*) para la solución de inconvenientes de carácter transnacional y hacer más visible el fenómeno de la globalización del derecho.⁵¹²

⁵⁰⁹ El tema tratado en extenso en el Capítulo II.

⁵¹⁰ Sobre el tema ver: Carol Harlow, “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”, *European Journal of International Law*, Volume 17, Issue 1, Oxford, 2006, Págs. 187–214.

⁵¹¹ Es interesante ver trabajos que proponen al derecho administrativo de Estado Unidos como modelo para el llamado derecho global. Sobre el tema ver: Richard B. Stewart, “U.S. Administrative Law: A Model For Global Administrative Law?”, 68 *Law and Contemporary Problems*, New York, (Summer 2005), Págs. 63-108. Disponible en: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/3>

⁵¹² Roberto Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica*, *op. cit.*, Pág. 154.

En este contexto, existe gran necesidad de reglas globales, de mecanismos de circulación de modelos de justicia y de una *governance*,⁵¹³ considerando la existencia de disposiciones jurídicas producidas por poderes normativos (o paranormativos) que se proyectan en el espacio jurídico global y que rompen el paradigma de que únicamente el Estado, productor de leyes, puede ser el destinatario de estas.

Por el momento, el naciente llamado derecho público o administrativo global se encuentra lejos de dar soluciones a temas de jurisdicción internacional, disputas internacionales y determinación de responsabilidad internacional, así como está lejos de lograr una unificación del derecho, tanto en el ámbito normativo como conceptual

5. GOBIERNO RESPONSABLE FRENTE A OBLIGACIONES INTERNACIONALES.

El primer resguardo para un funcionario público se entiende que es el cumplimiento del derecho que instituye su autoridad. Sin perjuicio de su importancia, aquello no es suficiente. El Estado debe responder por compromisos puntuales y por obligaciones derivadas del derecho internacional no escrito, lo que resulta complejo y pone en una situación de vulnerabilidad al ejercicio del poder público.

Como se analizó en el Capítulo II, la correspondencia entre el derecho internacional y el derecho público local tiene muchas complejidades, que van desde su interrelación, la vigencia o no de la aplicación de las teorías monista y dualista, así como la necesidad de incorporar las normas internacionales al ordenamiento local previo a su validez y exigibilidad.

El principio de no injerencia junto al principio de no intervención busca consolidar una reciprocidad que establezca un respeto de las decisiones locales, las cuales no deberían estar bajo escrutinio extranjero en un inicio. La no injerencia y la no intervención también han desarrollado teorías alrededor de las demandas internacionales, tal es el caso de las doctrinas Calvo, Drago y Estrada⁵¹⁴ desarrolladas en los albores del siglo XX.

⁵¹³ Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal System of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge, 2006, Pág. 38.

⁵¹⁴ Estas doctrinas serán abordadas en extenso en el Capítulo IV.

En este orden de ideas, tales principios ¿podrían o no tener como excepción temas de Estado de derecho, democracia y gobierno responsable?. En un inicio la respuesta verdadera aflora, sin embargo, son conceptos tan amplios que eventualmente abrirían las puertas a una supervisión internacional o extranjera de todos los actos de gobiernos, cuestión *prima facie* inaceptable.

Establecer límites es algo que afecta la autodeterminación de los Estado, no obstante, es claro que la autodeterminación no puede permitir actuaciones irresponsables.⁵¹⁵ Además, la presunción de legalidad del derecho administrativo no podría ni debería extenderse a esferas internacionales.

Ningún instrumento internacional ha vinculado a los principios democráticos con el *ius cogens* internacional ni tampoco existe una correlación del *ius cogens* y los elementos esenciales del Estado de derecho por ser tan amplios e impedir prever una completa y *sui generis* cáustica.

Determinar si la democracia es o no un derecho y si este puede ser exigido por vías internacionales es otro tema de relevante importancia no resuelto por la normativa ni la casuística.⁵¹⁶ Hasta la fecha, el derecho internacional no ha realizado una definición concluyente ni universal de democracia⁵¹⁷ en el propósito de elevar temas locales a protección internacional, sobre la base de una mutua tolerancia, que privilegia el pragmatismo.

Bajo el principio de no intervención, la comunidad internacional usualmente se abstiene de comentar o motivar acciones respecto a asuntos de política interna, sin perjuicio de

⁵¹⁵ Dentro del marco de las relaciones internacionales, las teorías del Realismo y el Neorealismo no aplican, ni permiten encontrar respuestas válidas. La no intervención tiene incidencia directa con temas militares y diplomáticos que en su contexto pueden desbordar asuntos concretos de responsabilidad internacional sancionable.

⁵¹⁶ Para algunos, cierta población no podría vivir sino en tiranía, ya que las cuestiones culturales y sociológicas así lo determinan. Bajo una visión jurídica, aquello es cuestionable, ya que sin democracia difícilmente existe Estado de derecho. Sobre el tema ver: Salvador Rus Rufino & Francisco Arenas-Dolz (2022), *El descubrimiento de la política: Solón de Atenas*, Madrid, Tecnos, Biblioteca de Historia y Pensamiento Político, Madrid, 2022.

⁵¹⁷ “International law has not embraced a single definition of democracy. The traditional elements of customary international law cannot be easily fulfilled if one is not clear on precisely what practice and opinio iuris count toward establishing a democratic norm.” Sobre el tema ver: Gregory H. Fox, “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), 2008. Pág. 3.

que sea innegable que el tema haya estado en la agenda de organizaciones internacionales.⁵¹⁸

Se entendería que un *gobierno responsable* está ligado a la existencia de un sistema democrático y de juridicidad. La correlación entre estos elementos es difusa y potencialmente puede variar según el caso. La división de poderes y alternabilidad, propias de la democracia, impiden que el Estado tenga una voz única y permanente en el tiempo.

Lo que es saludable para el sistema político, frente a cuestiones internacionales, se torna complejo, ya que el Estado deja de ser coherente ante a sus compromisos, hecho que tiene importancia respecto de la doctrina de los actos propios.

En la práctica, un sistema democrático que enfrenta cambios permanentes de autoridades y personeros puede incurrir en demandas internacionales por cuestiones comerciales y de inversión, en relación a sistemas totalitarios en los que no haya operado alternancia ni movilidad.

El tema de relacionar la democracia a cuestiones de agenda operacional de organizaciones internacionales ha variado después de la finalización de la llamada Guerra Fría, que ha abrió puertas al nuevo orden mundial. Sobre estas cuestiones se ha expresado que: “Some regional organizations, such as the Council of Europe (COE) and the Organization of American States (OAS), had proclaimed democracy as a goal prior to the early 1990s. But the East–West divide, with its profound disagreement over notions of governmental legitimacy, precluded any international legal commitment to ‘democracy,’ as there was no agreement on either its desirability or its precise meaning. Global human rights treaties drafted prior to 1989 were similarly silent on the issue, guaranteeing rights that many viewed as constituent elements of democracy but not a right to democracy itself.”⁵¹⁹

El establecimiento de un gobierno de leyes (*rule of law/ Rechtsstaat*) y no de personas es un elemento fundamental del Estado de derecho. Pese a ello, en la práctica son las

⁵¹⁸ La Asamblea General de Naciones Unidas estableció el 15 de septiembre como día intencional de la democracia. Aquello tiene relevancia en tanto y cuanto consolida que la democracia tenga una aceptación universal.

⁵¹⁹ Gregory H. Fox, “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, *ob. cit.*, Pág. 1.

personas las que gobiernan y fruto de ello, potencialmente, se pueden provocar situaciones que generen responsabilidad.

El hecho de enfatizar que la ley está sobre la persona, es necesario en derecho. Este principio no es sustancial en las ciencias políticas donde el personalismo⁵²⁰ es el eje central, aún en sistemas democráticos,⁵²¹ hecho que dificulta el tema.

Independientemente del tipo de gobierno que un Estado pueda elegir, en base a sus atributos soberanos, debe someterse a una lógica de juridicidad mínima que sea asimilable a un Estado de derecho.

Sustancialmente, se entiende que la democracia predomina en el derecho sobre los dictados personales. El análisis de la importancia de la ley en el ejercicio del poder público fue analizado por Aristóteles en su obra *La Política*,⁵²² donde se describió las formas de gobierno puras y corruptas. Al respecto, en la segunda categoría⁵²³ predomina el interés del gobernante sobre todo posible principio de legalidad o bien general. En *Ética Nicomáquea*⁵²⁴ se hace una correlación entre la ética individual y la ética colectiva, en referencia a la justicia particular y general.

Desde las antiguas ideas de democracia han transcurrido varios siglos para que la noción pueda traducirse en un modo de gobierno efectivo. Esto se concretó a partir de la independencia de las 13 colonias que formarían los U.S. en 1776, junto a las ideas liberales de la revolución francesa de 1789.⁵²⁵

Las experiencias de U.S. y Francia son piezas históricas universales y fundamentales, que tienen un trasfondo jurídico diferente. U.S. se fundamentó en un *ius naturalismo*, mientras que Francia se sustentó en un positivismo que consolidó la noción de laicismo,⁵²⁶ y que en

⁵²⁰ Ejemplo de ello puede encontrarse en la comunicación y marketing político. A través de la propaganda y mediatización se pretende construir líderes que frente al Estado de derecho se constituyen en ídolos de pies de barro.

⁵²¹ En América Latina se suele hablar reiteradamente de los “dueños” de los partidos políticos, y correlativamente la existencia de partidos de alquiler. Flavia Freidenberg y Manuel Alcántara S., *Los dueños del poder. Los partidos políticos en Ecuador (1978-2000)*, FLACSO Sede Ecuador, Quito, 2001, Pág. 128.

⁵²² Aristóteles, *La Política*, *op. cit.*

⁵²³ Tiranía, oligarquía, demagogia.

⁵²⁴ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, siglo IV A.C.

⁵²⁵ Dichos hechos están precedidos de las limitaciones dadas al poder absoluto de la Monarquía en Inglaterra en el año 1215. Aquello estableció un nuevo orden social y jurídico, en aras a consolidar la noción de gobierno responsable, versus al ejercicio del poder ilimitado.

⁵²⁶ Incluir el nombre de Dios en las Constituciones evidencia la confrontación entre el positivismo y el *ius naturalismo*. Esta discusión, como nunca antes, abrió confrontaciones en Ecuador entorno a la Constitución

buena parte redirigió los privilegios unilaterales y potestades exorbitantes de la monarquía al representante de gobierno. En la actualidad, los privilegios unilaterales, inmunidades y potestades exorbitantes las ejercen los funcionarios públicos en sus diversos oficios y grados.

En la lucha contra las tiranías, la motivación de los revolucionarios no solo se evidenció en la Segunda Enmienda a la Constitución de U.S., que incluye el derecho de los ciudadanos a portar armas y formar una milicia,⁵²⁷ sino también en la concepción filosófica de que el derecho natural prevalece sobre la ley escrita, la cual puede ser abiertamente injusta y someterse al interés de una dictadura personal o una dictadura de las mayorías. Esto nos lleva a la reflexión de que una democracia tiene implícito el derecho de resistir al poder público cuando éste no se encuentra subordinado a la Constitución, análisis que tiene muchos matices entre la práctica y teoría, y genera posturas antagónicas.

De esta forma, Thomas Jefferson manifestó que el ciudadano no solo tiene el derecho a no obedecer una ley injusta, sino que tiene la obligación de hacerlo (*if a law is unjust, a man is not only right to disobey it, he is obligated to do so*),⁵²⁸ según lo ha reconocido la propia Corte Suprema de U.S.

El llamado “*rule of law*” es un principio según el cual todas las personas, instituciones y entidades, incluidas las públicas, son responsables ante las leyes. Es decir, nadie está sobre la ley, ni siquiera el gobernante. Entre otras características, la noción de “*rule of law*” incluye la subordinación a los dictados del derecho internacional y de los derechos humanos.⁵²⁹ El rol de las cortes, en aras de mantener el *rule of law*, es favorable a las minorías.

Bajo un prisma positivista, la norma escrita y debidamente promulgada debe cumplirse sin excusas y de forma obligatoria, ya que se presume conocida y su ignorancia no exime

de 2008. Sobre el tema ver: Marjorie Gabriela Espinoza Plúa, “El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución”, *Foro, revista de derecho*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2021.

⁵²⁷ Constitución de los Estados Unidos de América 1787, Enmienda II. Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado Libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas.

⁵²⁸ Thomas Jefferson, “Papers and Biographies collections” en *Hathi Trust Digital Library*, 1980. Disponible en: <https://www.monticello.org/site/research-and-collections/if-law-unjustspurious>

⁵²⁹ Sobre el tema ver: Overview - Rule of Law, Administrative Office of the U.S. Courts on behalf of the Federal Judiciary, 2020. Disponible en: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/overview-rule-law>

la responsabilidad de cumplimiento.⁵³⁰ La ley, si bien está reservada a la Función Legislativa, mediante figuras tales como la delegación legislativa, se permite la expedición de normativa por otros órganos públicos. A aquello se agrega la potestad reglamentaria que, si bien no debería ampliar, restringir o modificar el sentido de la ley, en la práctica puede generar conflictos de constitucionalidad en tal sentido.

Es difícil determinar si el Estado de derecho (conocido como Imperio de la Ley, para luego ser identificado con el Estado Constitucional de derechos) contiene a la libertad y respeto a los derechos humanos o si, por el contrario, aquellos hacen posible la existencia del primero, como un presupuesto anterior.

El constitucionalismo junto a la elección democrática de autoridades en un marco de alternabilidad y representatividad hacen posible el ejercicio de un gobierno responsable, en contraposición al totalitarismo que utiliza el poder público para afectar derechos de personas puntuales o grupos no afectos.

Respecto a la existencia de un Estado de derecho y gobierno responsable, cabe preguntarse si ¿la responsabilidad tiene incidencia únicamente en el derecho público local o debería tener una relevancia internacional?.

La autodeterminación de los pueblos reconocida como principio internacional y desarrollada en las Resoluciones de Naciones Unidas 1514 (XVI) - 1541 (XVI), así como en un sinnúmero de instrumentos y acuerdos internacionales, tanto universales como regionales, establece la facultad de cada pueblo o nación para formar un Estado y ordenarse jurídicamente optando por la forma de gobierno que consideren más adecuada.

Es difícil establecer el límite de la autodeterminación. En principio, al Poder Constituyente se lo considera pre-jurídico e ilimitado, sin embargo, es claro que las reglas del *ius cogens* no pueden ser ignoradas o violentadas por ordenamientos jurídicos locales, bajo el presupuesto de naciones civilizadas y subordinadas a una moral mínima.

La noción de Estado de derecho debe incluir los preceptos básicos del derecho internacional, “como afirma André NOLLKAEMPER –ex presidente de la European Society of International Law–, la búsqueda por aplicar la noción del Estado de derecho

⁵³⁰ Como excepción a tal principio de carácter general, en derecho penal puede mencionarse al “error de prohibición”, en el cual se exime de responsabilidad penal a quien incumple con una norma. Sin embargo, aquello se encuentra distante de establecer la posibilidad de que un ciudadano pueda juzgar por sí y ante sí la validez moral de una norma. Sobre el tema ver: COIP, Art. 35.1.

más allá de las fronteras estatales es tan antigua como la existencia misma del Derecho internacional, podemos identificar en la práctica internacional contemporánea motivos suficientes para sostener que dicha búsqueda seguirá fortaleciéndose en las décadas siguientes por la sencilla razón de que, como asegura dicho autor, las relaciones internacionales –entendidas de forma genérica como el entramado de transacciones y relaciones que se establecen entre los distintos sujetos y actores en el ámbito internacional– son demasiado importantes, y afectan a la vida diaria de tantas personas, como para dejar su regulación exclusivamente en manos de los caprichos arbitrarios e incontrolados de la política.”⁵³¹

En teoría, un Estado democrático no puede existir fuera de un Estado de derecho y sin el ejercicio de un poder político responsable, aunque su determinación no esté libre de matices; “the ambiguities surrounding the concept of democracy have resulted in a rather abstract listing of defining components and procedural norms. At the core of these procedures is the notion that effective administration requires elected officials to be accountable to the public.”⁵³²

Particular dificultad representa la defensa de la democracia, ya que ésta ante todo garantiza libertades, y en libertades florecen los excesos e incorrecciones. Utilizar medios democráticos para afectar a la democracia,⁵³³ es una hipótesis que abre la necesidad de establecer resguardos para garantizar la supervivencia de instituciones que velen por el interés y bien común. Esta ha sido la modalidad más reciente para consolidar totalitarismos camuflados bajo el argumento *ad populum*.

Una Constitución no podría ni debería estructurarse por encima del Estado de derecho ni de los valores democráticos que lo sustentan, no obstante que en la práctica pueda suceder cualquier cosa. La interpretación constitucional⁵³⁴ debe velar por valores que inspiran su creación y que a su vez deberían ser fuente de su conservación. Es importante resaltar que, a instancia de interpretación, no cabe reformar, mejorar o complementar la constitución.

⁵³¹ César A. Villegas D., “El Estado de derecho en el ámbito internacional y el imperio de la ley en las relaciones internacionales: Tendencias, retos y desafíos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, 2019, Pág. 2.

⁵³² Joy M. Moncrieffe, “Reconceptualizing Political Accountability”, *op. cit.*, Pág. 387.

⁵³³ Sobre el tema ver: Steven Levitsky, & Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die: What History Reveals About Our Future*, Crown Publisher, New York, 2018.

⁵³⁴ Scarciglia, Roberto, *Métodos y Comparación Jurídica*, *op. cit.*, Pág. 161.

Otra pregunta que cabe sobre el tema es si ¿un Estado tiene capacidad para observar la forma de gobierno y ejercicio del poder público en otro Estado?. Como premisa, bajo el principio de soberanía y el principio de no intervención, la respuesta sería negativa, sin embargo, en la práctica los poderes hegemónicos lo hacen subyacentemente a través de la culturalización que impone modas o estándares a seguir.

Dentro de organizaciones internacionales, a las cuales los Estados voluntariamente han otorgado reconocimiento y entregado ciertas atribuciones, cabe la posibilidad de que puedan hacerse observaciones a las conductas democráticas. La mayor sanción sería la expulsión del organismo, sin embargo, las entidades supranacionales no pueden establecer sanciones o procedimientos reparatorios mandatorios en la materia, ya que aquello únicamente puede lograrse a través de una disputa internacional que imponga laudos o sentencias de cumplimiento obligatorio.

En el ámbito regional resalta la Carta Democrática Interamericana,⁵³⁵ instrumento regional que consagra a la democracia como presupuesto esencial para el desarrollo social, político y económico.⁵³⁶

La democracia representativa es la base del Estado de derecho y los regímenes constitucionales.⁵³⁷ Bajo un análisis *contrario sensu*, sin democracia no existiría Estado de derecho ni garantías constitucionales, lo que redundaría en la consolidación de regímenes tiránicos que atentan contra las libertades, el desarrollo y bienestar.

La democracia es necesaria en el ordenamiento internacional. De este modo, en el Art. 19 de la Carta Democrática Interamericana se establece: “Basado en los principios de la Carta de la OEA y con sujeción a sus normas, y en concordancia con la cláusula democrática contenida en la Declaración de la ciudad de Quebec, la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro constituye, mientras persista, un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias

⁵³⁵ Carta Democrática Interamericana, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, Lima 2001.

⁵³⁶ Ibidem, Art. 1.

⁵³⁷ Ibidem, Art. 2.

especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización”.⁵³⁸

La Carta Democrática Interamericana no ha establecido sanciones pecuniarias ni determinación de responsabilidad internacional, sin embargo, ha tenido por efecto aislar a los Estados del contexto interamericano en casos de ruptura del orden constitucional,⁵³⁹ aunque en la práctica aquello no es más que algo meramente retórico.

La democracia es la base de la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública,⁵⁴⁰ ya que como se ha insistido anteriormente, antes de la democracia el gobernante estaba sobre la ley y era irresponsable por antonomasia.

Interesantemente, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos no menciona la democracia, ni hace referencia a los valores democráticos mínimos. Consolidar un instrumento universal, asimilable a la Carta Democrática Interamericana, sería muy difícil debido a las diversas tradiciones jurídicas e intereses políticos en juego. Esta dificultad no recae en el ámbito teórico o conceptual, sino en el hecho de que los países no lo firmarían ni ratificarían.

Lo dicho sin perjuicio de que, en septiembre de 1997, la Unión Interparlamentaria (UIP) adoptó la denominada: “Declaración Universal sobre Democracia”,⁵⁴¹ donde se la reconoce como un ideal y una meta; denotando además su relación con el ámbito internacional,⁵⁴² sin embargo, la declaración no intenta regular la responsabilidad del Estado.

La ONU ha establecido un tribunal de transición, con escenarios de postguerra, que intenta lograr la sanción en los casos de responsabilidad internacional, así como el retorno

⁵³⁸ Carta Democrática Interamericana, Art. 19.

⁵³⁹ La Carta se aplicó por vez primera ante un fallido golpe de Estado en Venezuela en el año 2002. El instrumento ha sido invocado en los siguientes casos: Bolivia (2003, 2005, 2008), Ecuador (2005, 2010), Nicaragua (2004 y 2005) y Perú (2004).

⁵⁴⁰ Ibidem, Art. 4.

⁵⁴¹ Declaración Universal sobre Democracia, 1997, Art. 1.

⁵⁴² Declaración Universal sobre Democracia, Art. 26. “To preserve international democracy, States must ensure that their conduct conforms to international law, refrain from the use or threat of force and from any conduct that endangers or violates the sovereignty and political or territorial integrity of other States, and take steps to resolve their differences by peaceful means.”

al Estado de derecho. Estas son figuras excepcionales que no pueden ser la base para formular una teoría que vincule a la responsabilidad internacional con la democracia.⁵⁴³

La democracia significa un reto, más aún cuando la teoría política indica la posible consolidación de una tiranía universal a través, entre otros, de medios tecnológicos. Teóricamente podrían existir demandas contra Estados que se opongan a movimientos globales, casos en los cuales vamos a hipótesis de ser responsables por el cumplimiento de normas locales.

6. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.

La responsabilidad internacional del Estado tiene una valoración diversa desde la perspectiva del derecho interno, del derecho comparado y del derecho internacional. Esta es una cuestión central respecto de la hipótesis de la presente tesis, ya que representa un desencuentro conceptual y práctico entre normas de distinta naturaleza que deriva en el hecho de que un Estado pueda ser condenado aun cuando sus funcionarios hayan cumplido con el orden normativo interno.

6.1. Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado.

Resulta natural pensar en responsabilidad cuando se ha cometido una infracción o se ha incumplido una norma, sin embargo, es más complejo construir un concepto sobre premisas que establezcan responsabilidad sin que el derecho local sea violentado.

La expresión responsabilidad no es una semiología o signo universal ya que su objeto, alcance y significado son variantes. El Diccionario de la RAE, en lo que respecta al derecho, establece la siguiente definición de responsabilidad: “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”⁵⁴⁴

⁵⁴³ Sobre el tema ver: Informe del Secretario General sobre: *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 2004. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2004/616>

⁵⁴⁴ Real Diccionario de la Academia de la Lengua Española, Edición del Tricentenario Actualización 2019.

La responsabilidad está ligada a una idea básica de respeto a los derechos y, en caso violación, a una reparación oportuna y efectiva. Pese a ello, el tema no es sencillo, pues la ausencia de definiciones generales dificulta el tema, y da oportunidad a interpretaciones restrictivas.

Aunque no existen definiciones generales, sí existen aproximaciones doctrinales. Así, por ejemplo, el Diccionario Jurídico Cabanellas⁵⁴⁵ sobre la responsabilidad expresa: “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales por otro la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Las dos categorías básicas de responsabilidad jurídica integran la responsabilidad civil y la responsabilidad penal; la primera se escinde en contractual y extracontractual, la segunda es genuinamente criminal que lleva aparejada una pena o medida de seguridad.”⁵⁴⁶

Estos criterios no resuelven la hipótesis de la presente investigación en consideración de que, si definir al Estado y enumerar a sus entidades es complejo, más aún lo es el definir la responsabilidad del Estado.

Puntualmente, respecto al tema se expresa: “Como persona de derecho público sólo es posible hablar de responsabilidad civil; y ello corresponde a un concepto relativamente moderno, ya que en tiempos antiguos el estado como soberano, o el soberano como estado eran irresponsables. En los daños y perjuicios que el Estado por medio de sus agentes cauce, la responsabilidad civil sigue las normas generales de la materia.”⁵⁴⁷

La concepción local de responsabilidad y específicamente de responsabilidad del Estado es ciertamente limitada y difusa. La responsabilidad local no necesariamente es igual a la internacional, sin embargo, no representan categorías excluyentes. En principio, como se dijo en su oportunidad, las nociones de responsabilidad no se ajustan totalmente con el derecho público, en la dimensión de derecho administrativo y derecho constitucional que son el marco general de regulación de las actuaciones del poder público.

La responsabilidad fue desarrollada a la luz del derecho civil y de las glosas romanas, de este modo “la doctrina civilista, por su parte, ha subsumido el análisis de la responsabilidad del Estado en la teoría general de la responsabilidad civil con fundamento

⁵⁴⁵ Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 11a. Ed. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993.

⁵⁴⁶ Ibidem, Pág. 420.

⁵⁴⁷ Ibidem.

en que las normas que integran el Código Civil permiten resolver los conflictos que se suscitan cuando el Estado resulta demandado. Los autores publicistas han entendido, en cambio, que los casos de responsabilidad estatal deben solucionarse mediante la aplicación de la normativa administrativa. A su vez, de esa realidad, se ha derivado el tratamiento diverso de instituciones comunes exigiendo a los operadores jurídicos un esfuerzo adicional a la hora de valorar la casuística de la responsabilidad patrimonial estatal.”⁵⁴⁸

A lo dicho se agrega otra dificultad, pues los organismos de control público al analizar y determinar las responsabilidades de los funcionarios, dignatarios y representantes, lo hacen en tres niveles: administrativo, civil y penal,⁵⁴⁹ lo que significa que el tema tiene un alcance multidimensional en lo local, adquiriendo connotaciones diferentes cuando la responsabilidad es determinada por tribunales internacionales. Esto, sin perjuicio de que una violación que implique responsabilidad administrativa, civil y/o penal en local pueda ser conocida en una demanda internacional, como en el caso de denegación de justicia, entre otros. Potencialmente, un hecho que no genere responsabilidad administrativa, civil o penal en lo local, podría ocasionar responsabilidad internacional.

En el derecho anglosajón, tanto para temas jurídicos como políticos, se utilizan las expresiones: *responsibility*, *liability*, *accountability*, que pueden traducirse en castellano como responsabilidad, no obstante, en la práctica tienen significados diferentes.⁵⁵⁰ Autores han destacado la falta de definición e incluso confusión en sus usos y designaciones.⁵⁵¹

De este modo se entiende: “Responsibility. The obligation to answer for an act done, and to repair any injury it may have caused. This obligation arises without any contract, either

⁵⁴⁸ Eduardo Ávalos, Alfonso Buteler, y Leonardo Massimino, *Derecho administrativo 1*, Alveroni Ediciones, ProQuest Ebook Central, 2014, Córdoba, Pág. 398.

⁵⁴⁹ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley 73 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 595 de 12 de junio de 2002. Sobre el tema ver: Art. 31. “34. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley”.

⁵⁵⁰ Sobre el tema ver: Sean D. Murphy, “State Responsibility and Liability”, en *United States Practice in International Law*. United States Practices in International Law, Cambridge University, Cambridge, 2006. Págs. 86-101.

⁵⁵¹ Sobre el tema ver: Nathalie LJT. Horbach, “The Confusion About State Responsibility and International Liability”, *Leiden Journal of International Law* 4, No. 1, Cambridge, 1991. Págs. 47-74.

on the part of the party bound to repair the injury, or of the party injured. The law gives to the person who has suffered loss, a compensation in damages. It is a general rule that no one is answerable for the acts of another unless he has, by some act of his own, concurred in them.”⁵⁵² “Liability. A comprehensive legal term that describes the condition of being actually or potentially subject to a legal obligation.”⁵⁵³ “Accountability. The fact of being responsible for what you do and able to give a satisfactory reason for it, or the degree to which this happens.”⁵⁵⁴

Para efectos de derecho internacional y concretamente en disputas internacionales, no se utiliza la expresión *state liability*, ni *state accountability*, sino *state responsibility*, que se entendería como correcta. En el derecho anglosajón la expresión *responsibility* se refiere a temas no contractuales. Pese a la similitud fonética de la expresión, y su raíz lingüística latina, no tiene una equivalencia en su traducción al derecho continental, donde buena parte de la responsabilidad del Estado es contractual. Si bien la compensación de daños es importante, en el derecho continental puede existir responsabilidad penal del Estado, dependiendo de la clase de acto realizado.

Mientras que la expresión “responsabilidad del Estado” tiene una connotación local, ligada al derecho público; la dicción *state responsibility* hace mención a temas internacionales, que afectan al derecho internacional. Así, “State responsibility is a cardinal institution of international law. It results from the general legal personality of every State under international law, and from the fact that States are the principal bearers of international obligations.”⁵⁵⁵

U.S., el Reino Unido, ni ningún otro país de influencia inglesa, tienen un derecho administrativo de inspiración francesa como sucede en América Latina, lo cual significa que no es posible hacer un paralelismo entre ambos sistemas.

La ley de responsabilidad internacional del Estado se fundamenta en el derecho internacional consuetudinario, que como se ha analizado resulta amplio y difuso por no estar codificado y consecuentemente incorporado de alguna forma al ordenamiento

⁵⁵² John Bouvier, *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of American Union*, Childs & Peterson, 1856, Pág. 470.

⁵⁵³ *Ibidem*, Pág. 41.

⁵⁵⁴ Accountability, Cambridge Dictionary, 2020. Disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/accountability>

⁵⁵⁵ James R. Crawford, “State Responsibility”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2006, Pág.1.

jurídico interno. Además, despierta conflictos conceptuales al tener una vertiente eminentemente *ius naturalista*, difícil de entender en legislaciones positivistas. Por el contrario, la teoría de la inmunidad internacional del Estado tiene un carácter positivo al estar plasmado en buena parte de las legislaciones locales que, como en el caso del Ecuador, reconocen privilegios e inmunidades unilaterales al Estado.

El Estado por definición ha sido el juzgador sobre la base de privilegios e inmunidades unilaterales que son contrarios a reglas básicas del debido proceso y, en materia administrativa, destaca la potestad sancionadora con fundamento en los principios de: legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, concurrencia de infracciones, *non bis in idem*, la prescripción, etc. En este sentido, las sanciones pueden darse respecto de un funcionario público o un administrado en general.

El derecho administrativo sancionador establece la responsabilidad del administrado sobre la valoración de culpabilidad, dolo o negligencia y usa elementos del derecho penal de forma confusa, lo cual provoca incertidumbre jurídica. Al respecto, se ha expresado: “se trata de un aspecto mal o insatisfactoriamente resuelto, pues ni son claras las normas que lo regulan ni la jurisprudencia es unánime en todos sus extremos.”⁵⁵⁶ El poder sancionador de hecho está dentro de las prerrogativas unilaterales del Estado. En extremo, el procedimiento sancionador puede ser utilizado como herramienta injustificada de retaliación.

El Estado ha rehuido la posibilidad de ser sancionado, no sobre la base de argumentos jurídicos sino principalmente políticos, lo que se traduce en que la teoría sobre la responsabilidad internacional del Estado también pueda tener como fundamento la violación del derecho local que contempla principios y garantías fundamentales.

⁵⁵⁶ Miguel Sánchez M., *Derecho administrativo: Parte General*, 15ª Ed., Capítulo XVI. Las sanciones administrativas, Madrid, 2019, Pág. 683.

El derecho público local admite la posibilidad de la existencia de una responsabilidad patrimonial⁵⁵⁷ de la administración pública bajo las figuras de responsabilidad contractual, extracontractual y cuasicontractual.⁵⁵⁸

Internacionalmente, la responsabilidad no sólo se identifica con el cometimiento de actos ilícitos, sino también respecto de contratos o estándares internacionales previstos en tratados comerciales o de inversión incumplidos.

La noción de responsabilidad civil subsidiaria del Estado para justificar la imposición de sanciones por responsabilidad patrimonial de la administración pública, referida como antecedente en América Latina, dista por ejemplo del tenor del Crown Proceedings Act,⁵⁵⁹ que permite acciones resarcitorias contra la Corona Británica. Dicho documento reafirma la doctrina del derecho consuetudinario que instituye privilegios unilaterales (*Crown Privilege*) y la inmunidad de interés general (*public interest immunity*). En tal caso, se trata sobre los “*torts*”, que no tiene un paralelo jurídico en el derecho continental, a pesar de que puedan traducirse como daños. Además, la Corona no es gobierno, aunque tenga carácter público en representación de ciertos actos de Estado.

Por su parte, el Federal Tort Claims Act,⁵⁶⁰ permite que se pueda demandar por los “*torts*” cometidos por personas naturales que actúan en nombre de los U.S. La noción de *torts* es distinta de la responsabilidad administrativa contractual o extranatural conocida en el Ecuador. Únicamente en el evento de que exista una manifiesta intencionalidad se dispensa en principio de privilegios “*sovereign immunity*”, como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Millbrook vs. United States*.⁵⁶¹

⁵⁵⁷ La responsabilidad patrimonial de la administración pública no es un tema sujeto a evolución histórica, por el contrario, en la mayoría de las legislaciones de América Latina recién apareció a mediados del siglo XX. Aquello no obedeció en muchos casos a algún cambio en el derecho público sino a la evolución del concepto civilista de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por daños causados a través de sus funcionarios o representantes que, por culpa o negligencia, causan perjuicios a los administrados.

⁵⁵⁸ Las potestades ablatorias de la Administración Pública permiten extirpar derechos, sin embargo, incluso en tales casos debería haber una mínima compensación. La expropiación de derechos, en derecho internacional, puede ser reclamada a través de procedimientos fundamentados en derecho intencional consuetudinario o tratados internacionales. Luis Felipe Ragel Sánchez, *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, Pág. 486

⁵⁵⁹ Crown Proceedings Act 1947 (c. 44).

⁵⁶⁰ Federal Tort Claims Act (1946, ch.646, Title IV, 60 Stat. 812, 28 U.S.C. Part VI, Chapter 171 and 28 U.S.C. § 1346).

⁵⁶¹ *Millbrook vs. United States*, 569 U.S. 50, 2013.

Adicionalmente, la llamada doctrina Feres⁵⁶² limita la responsabilidad por daños que puedan sufrir miembros de las fuerzas armadas, en base a que no aplica la noción de cuidado o diligencia *in loco parentis*. El *tort*⁵⁶³ no tiene una naturaleza administrativa, es esencialmente de carácter civil (*civil wrong*) sobre jurisdicción del *common law*. Así mismo, tampoco tiene una incidencia directa por sí sola en materia penal.

La responsabilidad administrativa por servicios tampoco explica la amplia gama de posibilidades que pueden ser generadoras de dicho suceso. En el caso francés Arrêt Blanco,⁵⁶⁴ resuelto por el Conseil d'État se estableció la determinación de responsabilidad del Estado por falla de servicios (*faute de service*), puntualmente en la afectación de la integridad física de una infanta. En el caso Arrêt Terrier,⁵⁶⁵ el Consejo de Estado admitió la responsabilidad del Estado al no cumplir su promesa de entregar una recompensa ofrecida. Finalmente, en el caso Arrêt Vosges⁵⁶⁶ se analizaron las cláusulas exorbitantes respecto a un incumplimiento contractual.

Si bien los casos referidos tienen relevancia en el derecho administrativo, no existen elementos de extranjería que puedan vincularlos al derecho internacional público ni al DIPr.

Por lo tanto, existe un terreno inexplorado entre el derecho constitucional, administrativo, civil y penal; donde la responsabilidad puede adquirir distintas formas y dimensiones. Pese a que se piensa que la responsabilidad internacional no tiene relación con la ley local, en la práctica, en el arbitraje de inversión hasta llegar a temas de derechos humanos, en mayor o menor medida, se analiza el derecho local. Es por ello la importancia referencial que tiene el conocer el tema desde una visión de derecho comparado.

6.2. Responsabilidad del Estado y aplicación internacional.

⁵⁶² Feres vs. United States, 340 U.S. 135, 1950.

⁵⁶³ El *tort* se refiere en buena parte a los daños sufridos por accidentes. “Throughout its long history, tort has pursued different aims: punishment, appeasement, deterrence, compensation, and efficient loss spreading of the cost of accidents. None offers a complete justification; all are important, though at different stages one may have been more prominent than the rest.” Sobre el tema ver: Encyclopædia Britannica, 2020. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/tort/Protection-of-life-limb-and-freedom-of-movement>

⁵⁶⁴ Arrêt Blanco, 1873.

⁵⁶⁵ Arrêt Terrier, 1903.

⁵⁶⁶ Arrêt Vosges, 1912.

A pesar de que fonéticamente la palabra responsabilidad (*responsability*), utilizada en el contexto internacional, podría tener un equivalente jurídico en el derecho local, en la práctica resulta que aquello no sucede íntegramente.

La responsabilidad internacional, en un contexto histórico, no guarda absoluta identidad con la consolidación del derecho internacional y del *ius gentium*.⁵⁶⁷ En el momento de juzgar la conducta de un Estado soberano, difícilmente se puede obviar el sistema jurídico local donde los actos de poder fueron ejercitados, en referencia a leyes que instituyen un poder político puntual. Esto nos lleva a preguntarnos si ¿los actos cometidos por un funcionario público pueden ser legales o ilegales a luz de su derecho interno?.

La responsabilidad internacional no ha sido un tema central del derecho internacional ni del derecho público local, incluso podría afirmarse que, pese a su importancia mayúscula, se trata de una materia evitada por el poder público. De esta forma se ha expresado: “for a long time, however, responsibility was ignored or touched on only incidentally in international law doctrine. Writers concerned themselves with substantive fields such as the law of the sea, the laws of war, diplomatic relations or the law concerning treatment of foreigners. Their main interest was in identifying specific rules and practices associated with each field and, sometimes, in identifying the mechanisms by which states might seek to vindicate their rights, especially through reprisals and war.”⁵⁶⁸

La falta de sistematización y estudio tiene, entre otras causas, la ausencia de una ley internacional con fuerza coercitiva, así como la inexistencia de un órgano juzgador supranacional. Dicho de otra forma, no existe una institucionalidad internacional,⁵⁶⁹ la cual debería ser amplia por abarcar un sinnúmero de materias y supuestos que van desde crímenes contra la humanidad hasta cuestiones de comercio e inversión. Por lo tanto, no podría darse un proceso similar al local, donde la determinación de la responsabilidad se da sobre la valoración de leyes de diversa naturaleza, que van desde el ámbito de los derechos humanos hasta las transacciones lucrativas.

⁵⁶⁷ David J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, Pág. 32.

⁵⁶⁸ James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, 2013, Pág. 3.

⁵⁶⁹ Vincent-Joël Proulx, “Institutionalizing State Responsibility: Global Security and UN Organs”, *Proceedings of the 116th Annual Meeting*, American Society of International Law, Cambridge, 2016, Pág. 282.

Por tales razones, el tema central de la responsabilidad de los Estados constituye los ilícitos o daños, desde el documento de Harvard conocido como “Responsibility of States for Damage”.⁵⁷⁰ Han existido importantes avances recopilatorios,⁵⁷¹ sin embargo, hasta la fecha no se ha planteado el codificar reglas o consolidar tribunales que puedan conocer asuntos de responsabilidad del Estado derivados de cuestiones administrativas, comerciales, civiles o incluso constitucionales. Todos estos elementos siguen estando subordinados al derecho local, sin perjuicio de que, a través de procedimientos arbitrales, directa o indirectamente, puedan resolverse.

Si bien la violación de derechos humanos puede llevar aparejada una reparación pecuniaria, en caso de existir sanción, el punto principal de discusión sigue girando en torno a los actos ilícitos del Estado.

El que no se use la expresión responsabilidad de los “sujetos” de derecho internacional se traduce en el hecho de que únicamente los Estados son los demandados, tal como sucede en arbitraje de inversión y en disputas internacionales de derechos humanos. Así mismo, al emplearse la expresión de sujetos de derecho internacional público, el Estado no podría iniciar acciones contra personas naturales o empresas que sí son capaces demandarlo internacionalmente. La reconvención en arbitraje internacional de inversión es compleja, entre otros posibles casos.

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, básico en el derecho local penal y constitucional, resulta inaplicable en daños o ilícitos internacionales donde no existe una ley vinculante previa de carácter exhaustivo que incluya todas las conductas antijurídicas que puedan suscitarse como hipótesis condenables. De este modo, la única forma de justificar una reparación o juzgamiento es a partir de las teorías *ius naturalistas* y concepciones muy básicas de justicia. Esto, en mayor o menor grado implica buscar una reparación en equidad.

A la luz de la doctrina jurídica puede parecer injusto que un hecho que no ha sido tipificado como ilícito llegue a ser punible y su autor sea condenado, así como también resulta difícil aceptar que temas o actos reñidos contra la justicia y la moral puedan quedar

⁵⁷⁰ Harvard Research, *Draft for the Responsibility of States for Damage*, 1927. Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto, Adopted by the International Law Commission on First Reading, 1927, Pág. 110.

⁵⁷¹ Sobre el tema ver: James T. Kenny, “Manley O. Hudson and the Harvard Research in International Law 1927-1940”, *The International Lawyer*, Vol. 11, N. 2, American Bar Association, Chicago, 1977.

sin sanción. Si no existe violación alguna de norma jurídica escrita, entonces podría existir el quebrantamiento de principios superiores de carácter inderogable que deben ser obedecidos por los seres humanos y las naciones civilizadas.⁵⁷²

Establecer que un Estado es internacionalmente responsable cuando incurre en una conducta que infrinja sus obligaciones internacionales es tautológico, incompleto e impreciso.⁵⁷³ Lo dicho, sin perjuicio de que un segmento importante de hipótesis puede encuadrar en tal supuesto, caso en el cual, temas como la teoría del riesgo o culpa subjetiva tienen relevancia.⁵⁷⁴ Verbigracia, la responsabilidad por daños nucleares de la Convención de Viena de 1963⁵⁷⁵ dista diametralmente de la responsabilidad por el cumplimiento de un contrato comercial con una empresa extranjera o un banco de inversión.

La responsabilidad internacional implica una complejidad mayor ya que, como se ha analizado, la interrelación entre el derecho local, el derecho internacional y el principio del *ius cogens*, no tiene una caracterización ni sistematización general, lo que provoca incertidumbre tanto para el Estado potencialmente demandado, como para la persona nacional o extranjera que pretende demandar una reparación, sin perjuicio de que las empresas públicas o estatales extranjeras puedan hacerlo como ya se ha dicho.⁵⁷⁶

Tanto la responsabilidad local e internacional del Estado se encuentra sumergida bajo el manto de elementos políticos e históricos, que dificultan la realización de un análisis puramente jurídico. Como se refirió oportunamente, si bien el Proyecto de Artículos ya

⁵⁷² Sobre el tema ver: Jean Bodin, “*Six livres de la République*”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 167, Madrid, enero-marzo (2015), págs. 231-271.

⁵⁷³ Así, por ejemplo, la terminación unilateral y anticipada de un contrato en base al derecho administrativo local puede generar responsabilidad internacional del Estado, en este punto, el caso Occidental contra Ecuador es un ejemplo de aquello. No obstante, aunque los estándares internacionales tienen su propia vigencia, en muchos casos los árbitros o cortes internacionales resuelven en aplicación del derecho público local, principalmente en temas sustantivos.

⁵⁷⁴ En un mundo globalizado, las actividades comerciales y de inversión que relacionan a los Estados y sus instrumentalidades son cada vez más amplias. Los temas que no son necesariamente actos de gobierno cubiertos por inmunidad ni ilícitos internacionales, también pueden terminar en la determinación de responsabilidad internacional para Estados soberanos.

⁵⁷⁵ Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 1963. Disponible en: <https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>

⁵⁷⁶ Tal es el caso, entre otros, de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO), que ha notificado a Ecuador su intención de iniciar un proceso arbitral ante el CIADI a finales de diciembre de 2021. Una referencia al tema puede verse en: https://www.codelco.com/codelco-inicia-arbitraje-ante-el-ciadi-en-relacion-con-el-proyecto/prontus_codelco/2021-12-24/160134.html

analizado en el acápite 5 del Capítulo II, despierta un importante interés teórico, es claro que la posibilidad de presentar demandas contra un Estado supera las hipótesis de ilícitos,⁵⁷⁷ en virtud de que las demandas en sede extranjera, arbitraje Estado-Estado, arbitraje comercial, arbitraje de inversión, arbitraje contra contratos públicos, disputas comerciales ante organismo internacionales, incumplimiento o demora en el pago de créditos, etc., no tratan sobre actos ilícitos como tales o proscritos por el derecho internacional, sino que se trata de actividades mayoritariamente *ius gestionis* sujetas valoración legal. Dicho de otro modo, un Estado puede ser en la práctica más demandado por temas comerciales y de inversión que por ilícitos internacionales.

Fijar los límites de la responsabilidad internacional del Estado con la responsabilidad individual de quienes ostentan el poder público nos lleva al análisis de la personalidad del Estado ya reseñada en la presente investigación. La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha abierto grandes debates en las diversas jurisdicciones, incluidas la de Ecuador,⁵⁷⁸ pese a lo cual, dicha responsabilidad se ha amoldado a la teoría del *compliance*.

Tradicionalmente, se ha sostenido que las personas jurídicas, por ser ficciones jurídicas, no tienen voluntad propia para delinquir (*societas delinquere non potest*) sino, por el contrario, son instrumentos o medios a través de los cuales sus representantes o administradores actúan. En todo caso, en el ámbito internacional, la dogmática local del derecho penal sobre el principio de culpabilidad de las entidades colectivas no tendría relevancia.

Por su parte, las penas administrativas⁵⁷⁹ tienen un espectro de análisis distinto, ya que pueden derivar en la extinción de la persona jurídica, en tal sentido, someter el derecho

⁵⁷⁷ Los supuestos previstos en los Principios hacen mención de ilícitos que se traduce en: 1) una acción u omisión ilícita; 2) que esta acción u omisión ilícita sea imputable al Estado; y, 3) que cause daño.

⁵⁷⁸ En Ecuador, no fue sino hasta el año 2014, con la promulgación del nuevo COIP, que la tesis fue acogida, en tal sentido, su Art. 49 instituye sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. De este modo, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos, sean estas acciones u omisiones. No se incluye en tal hipótesis a las personas jurídicas de derecho público y a sus representantes en calidad de funcionarios públicos.

⁵⁷⁹ Pese a existir importantes diferencias cuantitativas y cualitativas, es evidente que el derecho administrativo sancionador tiene un paralelo con el derecho penal. El derecho administrativo sancionador es la manifestación del monopolio de la fuerza y poder punitivo del Estado. El derecho comparado abre grandes diferencias sobre el alcance del poder sancionatorio, el cual tiene potencial incidencia con temas de responsabilidad internacional. Sobre el tema ver: Tomás Cano Campos, “Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15., Núm., Enero-Abril, 1995, Págs. 340-342.

sancionatorio a parámetros discrecionales propios del derecho administrativo representa dificultades.

Sin conceso en la dogmática local, trasladar el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas al derecho público y vincularlo al ámbito internacional lleva aparejado varias complicaciones. La atribución de responsabilidad internacional a los Estados o a las personas jurídicas investidas de poder reviste varias cuestiones, entre ellas separar la conducta de la institución de la de las personas que lo conducen. Aquello es muy complejo en directorios públicos donde pueden estar representantes con desacuerdos políticos y conceptuales.

En el caso conocido como Reclamaciones de Alabama,⁵⁸⁰ con un enfoque ético monista, se resaltó la relevancia del derecho natural en la resolución de la controversia surgida entre el Reino Unido y U.S. a consecuencia de la guerra civil americana. Así, se considera a este caso como el antecedente directo de la redacción del Art. 27 del DTCV, que instituye los principios del *pacta sunt servanda* y de *bona fides*, que implican que no cabe alegación alguna válida fundada en el derecho local para desconocer compromisos internacionales adquiridos.

A pesar de que jurídicamente puede ser debatible la prevalencia absoluta del derecho internacional sobre el derecho local, no cabe duda de que no podría existir un concierto internacional civilizado y responsable a espaldas de dicho principio.

Establecer si la conducta y las acciones de un Estado, sus entidades adscritas o instrumentalidades deben cumplir con el derecho local mandatorio o los estándares de derecho internacional representa una dificultad ya que, incluso para los abogados, se trata de una temática altamente sofisticada y de conocimiento restringido. Pensar que un funcionario público en general conoce toda la ley local y los principios del derecho internacional, que potencialmente podrían acarrear responsabilidad internacional, constituye una hipótesis poco realista.

⁵⁸⁰ Alabama claims of the United States of America against Great Britain, Award rendered on 14 September 1872. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/>

En principio, se entiende que los entes creados por ley, como ficciones jurídicas, no tienen voluntad ni autonomía propia; incluso en el extremo caso de la existencia de un “Estado criminal”, “oclocracia”, “cleptocracia”, u otras formas degeneradas de poder.

En el caso de la atribución correspondiente a las personas físicas o grupos de hecho que no forman parte de una organización política del Estado, también puede vincularse o generarse responsabilidad internacional si los órganos públicos incumplen su deber de control y vigilancia conducentes a impedir el cometimiento de actos ilícitos. Dicho deber se extiende al hecho de detener y juzgar oportunamente a los infractores.

De este modo, se ha expresado que la separación de la conducta del Estado de la de las personas privadas tiene un reconocimiento amplio, así se ha entendido que: “the separation of conduct of the state from that of private or nonstate persons became almost universal once feudal collective responsibility receded. The central function of international law in determining this separation has remained unquestioned. Three principles, reflected in all recent codifications and restatements, summarize the tradition. The first principle says that a state acts through people exercising the state's machinery of power and authority. Acts or omissions of official organs, agents or political subdivisions, including those of successful revolutionary regimes, necessarily are those of the state. These include acts of de facto agents under direct control of those in power in a state or of those acting as a government. The second principle is that international law does not attribute conduct of a non state character, such as acts or omissions of private persons, mobs, associations, corporations, trade unions or unsuccessful insurgents, to a state as such. The Harvard Draft emphasizes the independent duty of the state to protect aliens and distinguishes between state conduct from failure of duty and the actual acts of nonstate parties”.⁵⁸¹

Es evidente que detrás de la sanción a un Estado están actos o hechos atribuibles a personas físicas que actúan en condición de autoridad. Adicionalmente, a tales autoridades no les compete juzgar el contenido de la Constitución y de las demás normas, sino cumplirlas bajo el presupuesto de presumirse legítimas y exigibles.

⁵⁸¹ Richard B. Lillich, Christenson Gordon A, Jane Chalmers, David Caron, and Pierre M. Dupuy. “Attribution Issues in State Responsibility”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, N. 84, 1990. Pág. 54.

6.3. Casuística relevante.

El tema de la responsabilidad del Estado y su exigibilidad internacional no ha sido resuelto por el derecho positivo escrito, por el contrario, su caracterización ha obedecido a desarrollos casuísticos. Éstos precedentes son únicamente referenciales, ya que no son vinculantes como una suerte de *stare decisis* obligatorio.

Internacionalmente, la expresión “responsabilidad internacional del Estado” se refería únicamente a la responsabilidad del Estado por afectaciones o lesiones a extranjeros que tenían la capacidad de solicitar protección diplomática. Con la evolución del derecho internacional a las organizaciones internacionales⁵⁸² también se les atribuyó responsabilidad, con interesantes precedentes tales como: *Lütticke*,⁵⁸³ *Aktien-Zuckerfabrik*,⁵⁸⁴ etc., que se refieren a casos de responsabilidad extracontractual, distintos a los mecanismos previstos para los procedimientos de omisión y anulación.

Posteriormente, sobre la base de tratados internacionales con estándares básicos de protección,⁵⁸⁵ como trato nacional o trato justo, se incluyó la atribución y consecuente reparación sobre daños que no tienen como fuente actos ilícitos.

La presencia de un daño valorable y reparable tampoco es condición *sine qua non* para la existencia o determinación de responsabilidad internacional del Estado. Sin la presencia de un daño o un perjuicio difícilmente el reclamante tendría derecho a reclamar, por

⁵⁸² Art. 340 de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47, establece que la responsabilidad contractual se norma por la ley aplicable al contrato. En la responsabilidad extracontractual, la U.E. debe reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Esta obligación se extiende al Banco Central. La responsabilidad personal de los agentes se rige por el Estatuto.

⁵⁸³ A. *Lütticke GmbH vs. Commission*, 28.4.71 (As. 4/69), Rec. 1971, I-325

⁵⁸⁴ *Aktien-Zuckerfabrik Shöppenstedt vs. Council of the European Communities*, 2.12.71 As. 5/71, Rec. XVII, I-975

⁵⁸⁵ Dichos estándares destacan en el arbitraje internacional de inversión que tiene como fundamento tratados internacionales bilaterales. Existen capítulos de tratados comerciales dedicados a la resolución de disputas, entre ellos, los tratados de libre comercio suscritos por Estados Unidos.

ejemplo, en el caso Corfu Channel,⁵⁸⁶ se discutió sobre la doctrina *innocent passage*⁵⁸⁷ en una valoración de la existencia de daños.

En el caso Monetary Gold Removed from Rome in 1943,⁵⁸⁸ en el que alemanes se apoderaron en Roma de 2.338 kg de oro monetario. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, tanto Italia como Albania reclamaron su propiedad ante la Comisión Tripartita para la Restitución del Oro Monetario. En tal caso, al tratarse de una propiedad disputada el daño no era evidente. En 1950 la comisión⁵⁸⁹ informó a sus miembros (Francia, Reino Unido y U.S.) que no podía resolver el problema, razón por la cual solicitaron a la CIJ que un árbitro independiente decida sobre el tema. Así, en 1953 un árbitro decidió que el oro pertenecía a Albania, sin embargo, aquello abrió una nueva disputa, considerando que Italia reclamaba dicha propiedad, en tanto que el Reino Unido tenía pendiente el pago de Albania por daños causados en el caso Corfú.

El 19 de mayo de 1953, Italia solicitó que la CIJ determinara sobre la reclamación del Reino Unido y la suya, indicando que los tres países responsables de la redistribución del oro debían darlo en su totalidad a Italia como compensación parcial por la incautación del Banco Nacional de Albania, y que esta reclamación debía anular la reclamación del Reino Unido. Pese a lo importante del asunto, en 1954 la CIJ decidió no tener jurisdicción sobre la disputa entre Italia y Albania respecto a la incautación efectuada por el Banco Nacional de Albania.

El principio de que todo daño debe ser compensado fue claramente consagrado en casos fundamentales que han servido de precedente en la materia, esto es el caso *Factory at Chorzów*. En el análisis se consideraron cuestiones filosóficas de *ius positivismo* y *ius naturalismo*, previendo que la reparación es un principio de derecho internacional, pero además un elemento propio al derecho en general.

La existencia de un comportamiento o conducta traducida en una acción u omisión, valorado por la CIJ, sucedió por ejemplo en el evento acontecido en Teherán con el

⁵⁸⁶ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania, ICJ 1949. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/1>

⁵⁸⁷ Dicha doctrina se identifica al llamado “paso inocente”, como noción central del derecho del mar. Una embarcación puede atravesar las aguas territoriales de otro Estado, siempre y cuando no cause daños y observe ciertas restricciones.

⁵⁸⁸ Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Italy vs. France, United Kingdom and United States [1954] ICJ. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/19/019-19540615-JUD-01-00-EN.pdf>

⁵⁸⁹ Conocida como: Tripartite Commission for the Restitution of Monetary Gold.

personal diplomático y consular de U.S.,⁵⁹⁰ caso donde se realizó un examen de imputabilidad en relación con el cumplimiento de obligaciones internacionales.

De otro lado, en el caso Dickson Car Wheel Company⁵⁹¹ se vinculó a la existencia de responsabilidad internacional con la concurrencia de un hecho ilícito internacional imputable al demandado.

Desde la ocurrencia de tales casos, el derecho ha evolucionado hacia temas no pronosticables, como la existencia del arbitraje internacional comercial y de inversión que establecen responsabilidad sin la existencia de ilícitos o crímenes internacionales, ya sea por incumplimientos comerciales o acuerdos internacionales específicos como los llamados TIBs. Sin perjuicio de que tales parámetros son fundamentales para establecer la responsabilidad internacional del Estado desde la perspectiva tradicional.

En sus inicios, la responsabilidad internacional se configuraba por la afectación ilegítima a un tercer Estado o por actos, misiones, lesiones u otros que perjudicaban a un ciudadano extranjero. Sobre el fondo queda presente una importante pregunta: ¿puede el Estado ser internacionalmente responsable por afectar derechos de sus nacionales?. Cuestión compleja a la luz del principio de no intervención, sin embargo, necesaria desde un punto de vista de justicia, ya que en la práctica un extranjero tendría un trato privilegiado.

El trato nacional es un principio general del derecho internacional (*the international minimum standard of treatment for aliens*) que si bien ha tenido un despunte en temas comerciales y de inversiones,⁵⁹² está latente en todo el espectro jurídico e implica un estándar de no discriminación bajo la premisa de que un extranjero no debe ser tratado de menor forma que un local o nacional. Así, se ha expresado: “(1) The rationales for prohibiting nationality-based discrimination are economic and political. The traditional economic justification for non-discrimination is that it promotes efficient economic exchange. (2) Neo-classical economic theory argues that state measures that distort capital allocation, such as performance requirements and barriers to the admission of foreign direct investment, are welfare reducing. (3) From this perspective, non-discriminatory treatment of goods and services ensures that domestic markets are not

⁵⁹⁰ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, C.I.J., Reports 1980.

⁵⁹¹ Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) vs. United Mexican States, 1931. Disponible en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf

⁵⁹² E. Kwan Choi, and James C. Hartigan, *Handbook of International Trade: Economic and Legal Analyses of Trade Policy and Institutions*, Lackwell Publishing Ltd, New Jersey, 2004, Pág. 97.

insulated from international price competition through protectionist barriers. The commitment to non-discrimination has also important political rationales, including the promotion of multilateralism and the prevention of conflicts that might arise due to discriminatory economic policies. (4) Many historians argue that high tariffs and related protectionist economic policies in the 1930s exacerbated the Great Depression and were a contributing cause of the Second World War (WWII).”⁵⁹³

Pese a que un sentido de racionalidad diría que la responsabilidad internacional del Estado debe tener elementos de extranjería, hacer mención a Estados o ciudadanos extranjeros, o a bienes e intereses radicados fuera del país, no es fácil de entender en un contexto meramente interno. Bien puede darse el caso que el ciudadano local sea afectado en sus derechos fundamentales sin posibilidad de defensa alguna, frente al extranjero que tiene recursos previstos en tratados internacionales de derecho internacional o defensa diplomática de intereses. Tales hipótesis pueden ir desde casos de establecimiento de impuestos confiscatorios, expropiación injustificada de bienes, hasta afectaciones a la libertad o integridad personal. La relación entre impuestos confiscatorios e inconstitucionales es particularmente interesante.⁵⁹⁴

En sistemas tiránicos o ante una olocracia, resulta casi imposible que exista un debido proceso, además el agotamiento de recursos internos dificultaría la defensa efectiva de los derechos, hecho que puede dilatarse o simplemente no ser posible. El caso *Barcelona Traction*,⁵⁹⁵ antes de la creación del sistema arbitral actual, trajo a discusión una cuestión importante que no ha sido resuelta ni en la doctrina ni en el derecho positivo y es que cuando un Estado afecta los intereses de personas extranjeras, debe o no existir protección diplomática (el Estado de los ciudadanos afectados debe o no intervenir en la disputa).

Lo mencionado perturba los cimientos mismos del derecho internacional que históricamente ha excluido a las personas naturales como sujetos de derecho. Por otro

⁵⁹³ Andrew Newcombe, and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Chapter 4 - National Treatment, Kluwer Law International, Philadelphia, 2009, Pág. 147.

⁵⁹⁴ En Ecuador la sentencia constitucional No. 58-11-IN/22 de 12 de enero de 2022 declaró la inconstitucionalidad formal de la Ley de Fomento Ambiental que establecía indebidamente tributos, sin embargo, pese a que el cobro realizado en 2019 fue inconstitucional, se continuó con el mismo hasta el ejercicio económico 2023. En el caso no se estableció fórmula de devolución de lo pagado.

⁵⁹⁵ Case Concerning *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd* [1962]. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>

lado, es un punto de quiebre entre la política y el derecho, entendiéndose que en una evolución de la justicia debe primar la juridicidad.

En el citado caso *Barcelona Traction*, la CIJ sostuvo que Bélgica no tenía ningún interés legal en la disputa como para justificar la presentación de una demanda contra España, pese a que los dueños de la empresa afectada no tenían otra posibilidad de reclamar sus derechos. Tradicionalmente, cuando se cometía un acto ilícito o de afectación contra una empresa extranjera, únicamente el Estado de constitución de la empresa podía demandar. La noción de “protección diplomática” es un asunto más político que jurídico, pese a lo cual, en ciertos casos es la única posibilidad efectiva de defensa.

Evitar la intervención diplomática tiene un efecto interesante, ya que con ello no se consolida la irresponsabilidad del Estado, sino que se consolida un sistema jurídico que toma decisiones sobre el peso de la razón y no sobre intereses políticos. Aquello ha sido el eje fundamental de las doctrinas latinoamericanas (Calvo, etc.) sobre disputas internacionales y jurisdicción extranjera que es analizado en extenso en el Capítulo 4 del presente trabajo de investigación.

Cabe anotar que anteriormente, como consta por ejemplo del caso *Mavrommatis Palestine Concessions*,⁵⁹⁶ la protección diplomática no solamente era aceptada, sino que era vista como necesaria. En dicho caso, ante la terminación de una concesión Grecia demandó al Reino Unido, en un proceso donde la CIJ se declaró competente, no obstante de que el daño no fue irrogado a otro Estado sino a intereses particulares.

En el caso de Ecuador, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas proscribe la utilización de mecanismos de reclamación o defensa diplomática, lo cual resulta sugestivo, pues en principio para que pueda tener validez en las relaciones internacionales debería estar plasmado en un instrumento supranacional y no en una norma interna de segundo rango que tan siquiera es especializada en el tema. Así tenemos la llamada renuncia a reclamación diplomática: “todo contrato o convenio de deuda pública, celebrado por extranjeros domiciliados o no en el país, sean personas naturales o jurídicas, con la República del Ecuador o con las demás entidades del sector público, lleva implícito

⁵⁹⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions, Greece vs. United Kingdom, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment, PCIJ Series A no 2, ICGJ 236 (PCIJ 1924).*

la condición de renuncia a toda reclamación por vía diplomática, aunque se suscriban fuera del territorio ecuatoriano.”⁵⁹⁷

La casuística más importante relacionada con el Ecuador se aborda en el siguiente acápite referido al arbitraje internacional.

7. ARBITRAJE INTERNACIONAL.

La casuística arbitral de Ecuador, respecto a responsabilidad internacional del Estado, tiene una importancia especial en el contexto mundial, ya que el país ha sido condenado a pagar cuantiosas penalidades como resultado de decisiones locales que van desde la terminación contractual, conforme al derecho administrativo, hasta el cambio normativo.

En efecto, el arbitraje es el medio primigenio de resolución de disputas internacionales e igualmente, ha sido el medio principal a través del cual el Estado ha sido condenado, incluso por actos o hechos que fueron realizado en aplicación de la legislación nacional.

La República del Ecuador, a partir del año 2008, se ha mostrado hostil al arbitraje internacional, a pesar de reconocer dicho mecanismo en el Art. 190 de la C.E. Esto resulta paradójico e incoherente. Conceptualmente, un contrato no requiere de reconocimiento constitucional para su validez, lo contrario implicaría constituciones interminables y profusas. De hecho, el arbitraje en Ecuador existía antes del reconocimiento constitucional y, seguramente, seguirá existiendo cuando entre en vigor una nueva Constitución (la vigésima primera) que muy probablemente no incluirá esa redacción por innecesaria.

Arbitrar es una de las muestras más elementales de resolución de disputas, pese a ello, se parte del hecho de que el arbitraje no es obligado, y menos el internacional. Su sentido tiene un raigambre sustentado más en la racionalidad⁵⁹⁸ que en la legalidad y es más práctico que dogmático.

⁵⁹⁷ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010, Art. 128.

⁵⁹⁸ Daniel Kahneman, “Who Shall be the Arbiter of Our Intuitions?”, *Behavioral and Brain Sciences* 4, no. 3, Cambridge, 1981, Pág.1.

El ya referido caso Reclamaciones de Alabama⁵⁹⁹ es el precedente que abrió las puertas para utilizar el arbitraje en el sistema actual de solución de disputas internacionales. Como ya se ha mencionado, ante la ausencia de un órgano judicial supranacional y multidisciplinario junto a la falta de una normativa positiva internacional exhaustiva, el arbitraje aparece como la única forma de alcanzar una decisión autocompositiva que puede garantizar conductas moderadas en el concierto internacional, además de una reparación efectiva de daños.

Ecuador no tiene una ley especial que trate o regule el arbitraje internacional. Si bien es cierto, el país expidió la anacrónica LAM,⁶⁰⁰ hasta la presente fecha no ha adoptado la Ley Modelo de la UNCITRAL,⁶⁰¹ que contempla pautas básicas en la materia.

La LAM en su Art. 41 expresa que, sin perjuicio de lo ordenado en instrumentos internacionales, un arbitraje puede ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado. Para el efecto se incluyen algunos requisitos, a saber:

- a) Que las partes, al celebrar el convenio arbitral, tengan sus domicilios en diferentes Estados;
- b) Que el lugar de cumplimiento de la obligación o lugar donde está el objeto en litigio tenga elemento de extranjería.
- c) Que la disputa se refiera a comercio internacional, siempre que sea un tema susceptible de transacción y que no afecte el interés público nacional.⁶⁰²

Esta referencia normativa denota que el Ecuador no está conectado con las innovaciones en la materia. En este contexto, la norma citada puede tener validez respecto de objeciones a la jurisdicción que un Tribunal arbitral local tenga, sin embargo, está lejos de amparar o fundamentar un acuerdo arbitral válido, y resguardar las decisiones de un tribunal arbitral internacional. Dicho de otra forma, un negocio internacional que tenga evidentes elementos de extranjería no utilizaría la ley local de Ecuador y tampoco la referiría para garantizar la validez de un acuerdo arbitral.

⁵⁹⁹ Alabama claims of the United States of America against Great Britain, 1872.

⁶⁰⁰ LAM, cuyas reformas constan en publicadas en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

⁶⁰¹ Ley Modelo UNCITRAL (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

⁶⁰² LAM, Art. 42.

Como ya se precisó anteriormente, en Ecuador el arbitraje es reconocido por la C.E. y por normas administrativas;⁶⁰³ a pesar de tratarse de un contrato que no requeriría de tal validación, ya que *contrario sensu*, de forma errada, podría pensarse que los contratos que no se encuentran previstos o referidos en normas constitucionales no son válidos.⁶⁰⁴

De igual forma, como se analizó anteriormente, los TBIs que incluían al arbitraje como medio de solución de controversias, que han sido declarados inconstitucionales, resultan inviables a no ser que se firmen contratos o compromisos puntuales, lo que no deja de generar discusiones conceptuales.

El ya citado Art. 422 de la C.E.⁶⁰⁵ prohíbe la celebración de tratados o instrumentos internacionales que cedan jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o comerciales, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Bajo esta realidad se ha entendido que tanto los tratados internacionales o contratos que establezcan arbitraje serían nulos.

Ecuador ha puesto énfasis en proscribir el arbitraje internacional, resultando un caso único en el contexto del derecho comparado. Constitucionalmente, mientras no se derogue el Art. 422, las condiciones que motivan la imposibilidad de someterse a arbitraje internacional continúan presentes.

7.1 Arbitraje entre Estados Soberanos.

El tema de la responsabilidad internacional del Estado hace mención tanto al arbitraje de derecho internacional público, como a modalidades de comercio y de inversión. La hipótesis planteada en la presente investigación aplica a ambos supuestos.

El arbitraje internacional entre Estados soberanos es uno más de los medios pacíficos de solución de controversias previstos en el derecho internacional público.⁶⁰⁶ Su propósito inmediato es evitar el uso de la fuerza y de esta forma encontrar soluciones de justicia en

⁶⁰³ COA, Art. 126.

⁶⁰⁴ C.E., Art. 190.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

⁶⁰⁶ John Collier, and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 1999, Pág. 4.

un marco de paz. El sistema es diverso⁶⁰⁷ como reflejo de un mundo heterogéneo caracterizado por tener distintos intereses, además de principios jurídicos.

El arbitraje internacional permite, entre otros objetivos, determinar la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de obligaciones exigibles. La doctrina y la casuística han desarrollado teorías sobre la responsabilidad internacional del Estado referente al mantenimiento de la paz. El principio de legítima defensa es eximente de toda posible violación del derecho internacional, no obstante, aquello debe ser alegado y resuelto en un proceso legal o arbitral.⁶⁰⁸

La Carta de la ONU consagra el principio de arreglo pacífico de controversias en los siguientes términos: “Para la realización de los propósitos consignados en el Art. 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: (...) 3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.”⁶⁰⁹

En concordancia y desarrollo de dicho principio, la Carta de la ONU⁶¹⁰ enumera los medios pacíficos del derecho internacional público de la siguiente manera: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. De todos estos, el arbitraje ha tenido un rol protagónico.

La ONU ha tenido un trabajo permanente en vincular el arreglo pacífico de controversias con principios fundamentales del derecho internacional. En tal sentido se expresa: “It may be recalled in this connection that under the Declaration on Friendly Relations, the principles dealt with in the Declaration—namely, the principle that States shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity

⁶⁰⁷ Sin duda alguna, tratar de armonizar la diversidad normativa es uno de los principales retos del derecho internacional. La diversidad en el sistema de resolución de disputas representa retos y dificultades importantes. Sobre el tema ver: Reisman, W. Michael. “The Diversity of Contemporary International Dispute Resolution: Functions and Policies”, *Journal of International Dispute Settlement* 3.1, Oxford, 2012, Págs. 1–17.

⁶⁰⁸ En litigios entre Estados, el proceso arbitral al ser consensual tiene un carácter que pretende soluciones de equidad sobre respuestas legalistas. Sobre el tema ver: Oscar Schachter, “General Principles and Equity”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague, 1982. Págs. 74–90.

⁶⁰⁹ Carta de la ONU, Art. 2.3.

⁶¹⁰ *Ibidem*, Art. 33.

or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations.”⁶¹¹

La solución pacífica de disputas no ofrece ventaja exclusivamente *inter partes*, el hecho de poner en peligro la paz y seguridad internacional afecta a toda la comunidad en su conjunto. Sin la utilización de medios pacíficos sería más complejo garantizar la vigencia del principio de igualdad soberana en correlación al cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas. No hay justificación para que Estado alguno pueda alejarse del mando de la buena fe.

La posibilidad de que un Estado pueda recurrir a la negociación directa, mediación, conciliación o arbitraje, en realidad no es algo nuevo, más allá de que ejemplificar casos sobre el tema sea una tarea interminable, que desbordaría el objeto de la presente investigación.

Puntualmente, es importante mencionar a la Conferencia de Paz de La Haya⁶¹² junto con la Convención del CIADI,⁶¹³ en donde se estableció que el arbitraje internacional entre Estados debe ser aceptado y respetado a la luz del principio de *buena fe*.⁶¹⁴ Al final, no hay otra forma coercitiva que la regla moral y de derecho natural contenida en el principio de *buena fe*.

Ahora, siendo los medios jurídicos de solución pacífica de controversias internacionales el arbitraje y la solución judicial, la negociación directa, la mediación, la investigación y la conciliación éstos tienen un *carácter diplomático*. Equivocadamente se ha llegado a pensar que el análisis político de los acuerdos diplomáticos⁶¹⁵ o sus coyunturas podrían

⁶¹¹ United Nations Office of Legal Affairs. *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*. New York: United Nations, 1992. Pág. 3. Disponible en: <https://legal.un.org/cod/books/HandbookOnPSD.pdf>

⁶¹² Conferencia de paz de La Haya, 1899.

⁶¹³ Convención de La Haya sobre Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales, 1907. Disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1899-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>

⁶¹⁴ *Ibidem*, Art. 37. “El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley. El recurso al arbitraje implica la obligación de someterse al Laudo de buena fe”.

⁶¹⁵ Hablar de acuerdos diplomáticos implica mucha amplitud e indefinición. De hecho, los procedimientos referidos pueden distinguirse entre sí en función de distintos criterios, como el ser autocompositivos o hetero-compositivos y en cuanto a su fundamentación, la determinación de si el arreglo se basa en la aplicación de normas del derecho internacional. La clasificación de estos diferentes procedimientos, sobre sus méritos y deficiencias, no es absoluta ya que la casuística desborda las normas escritas del derecho internacional. Así, establecer si el resultado final del procedimiento tiene un carácter vinculante o no

observarse en diversas dimensiones, esto es en una valoración jurídica. El hecho es que ambos se subordinan al principio de *buena fe*, ya que todo posible arreglo depende del acuerdo de las partes, salvo en los casos donde puede existir coerción para hacer efectivas las sanciones o reparaciones.

Pese a la evolución de las relaciones internacionales, no es menos cierto que la solución internacional de disputas se somete a un sincretismo ontológico entre el ser y deber ser. De este modo, existe un deber moral plasmado en reglas difusas de diversa categoría que imponen la obligación de resolver las controversias de manera pacífica y, en paralelo, existe ausencia de un mecanismo real obligatorio que haga efectiva tal obligación,⁶¹⁶ aquello sobre la base de la inexistencia de una soberanía supranacional que pueda instituir una legislatura, poder judicial y policía supranacional.

Cabe preguntarse si cuando se recurre a organismos o acuerdos regionales, se lo hace en virtud de Carta de la ONU o en aplicación de la disposición puntual de un tratado internacional⁶¹⁷ que otorga competencia y atribuciones a los mismos. Al ser derecho público, la respuesta parecería ser evidente; sin embargo, en aras del mantenimiento de la paz se podría solicitar arbitraje a una entidad internacional no arbitral, así, a través de una cláusula compromisoria podría operar un arbitraje *ad hoc*.

La facultad jurídica para arbitrar posibles daños que acarreen responsabilidad internacional, es un elemento conexo que lleva aparejada problemas ante la falta de un derecho positivo que pueda regular en detalle el tema, lo dicho, sobre la base de que el derecho público es mandatorio y no caben transacciones basadas en la mera liberalidad.

En un determinado punto, la misma soberanía (concepto primigenio de poder) que limita el sometimiento de un Estado a jurisdicción extranjera, es el fundamento de poder que lo habilita a encontrar soluciones a conflictos internacionales, sin necesidad de utilizar la

vinculante carecía de efecto útil, por cuanto sería inoficioso desarrollar teorías sobre algo que quedaría sujeto a criterios subjetivos y mera voluntad.

⁶¹⁶ Lo dicho sin perjuicio de que las nuevas tendencias propenden a la progresiva institucionalización de los procedimientos de solución de disputas. Sobre la base del rol de los organismos internacionales que han adoptado mecanismos de solución de disputas entre sus miembros, se ha logrado cierto grado de coerción en la adjudicación como medio de solución de controversias. Pese a lo dicho, si existe mala fe, incluso en tales casos un Estado preferirá dejar el sistema u organización internacional con el objeto de incumplir sus obligaciones.

⁶¹⁷ El creciente rol de los organismos intencionales en la resolución de diputas despierta un interés académico importante. Sobre el tema ver: John G. Merrills, *International Dispute Settlement*. 6th ed. Cambridge University Press, New York, 2017, Pág. 88.

fuerza. De este modo, bien podría parafrasearse: “Belli did not address international responsibility as a separate legal category, nor did he have any consistent theory of the state. However, he did consider the question whether ‘a sovereign of a free state may make peace and, by its terms, remit payment for losses inflicted upon its own citizens and subjects’.”⁶¹⁸

Al año 2023, los casos activos de arbitraje entre Estados soberanos que administra la CPA suman 4, a saber:

[2023-01] Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India); [2020-25] Arbitration pursuant to Article 32 of the Constitution of the Universal Postal Union (The State of Qatar vs. The Kingdom of Bahrain); [2019-28] Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine vs. the Russian Federation); y, [2017-06] Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine vs. the Russian Federation).⁶¹⁹

De otra parte, los casos históricos de arbitraje entre Estados soberanos que ha resuelto la CPA son limitados en número, lo que indica que el arbitraje internacional no es ampliamente usado como podría pensarse. El universo de casos llega a las cuatro decenas.⁶²⁰

Esta limitada existencia de casos lleva en paralelo también a una limitada bibliografía en castellano que desarrolle dogmáticamente la materia del arbitraje internacional entre Estados soberanos. Usualmente, las referencias se reducen a cuestiones puntuales dentro de textos de derecho internacional público. Sentar las bases para una codificación de las reglas y casuística es un elemento importante para procurar la oportuna y adecuada defensa de los Estados soberanos.

Ecuador no ha tenido arbitrajes propuestos y resueltos contra otros Estados, salvo en temas limítrofes, y sobre la interpretación de un tratado internacional suscrito con U.S. relativo al Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 27 de agosto de 1993.

⁶¹⁸ James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, *op. cit.*, Pág. 5.

⁶¹⁹ Fuente disponible en el sitio web de la CPA: <https://pca-cpa.org/es/cases/>

⁶²⁰ *Ibidem*.

Dentro de un análisis interpretativo del tema, destaca el hecho de que existe un único arbitraje internacional de carácter público -entre Estados soberanos- en el que ha intervenido Ecuador ante la CPA. Es necesario aclarar que el arbitraje entre Estados se diferencia del arbitraje comercial internacional que puede tener un Estado o sus instrumentalidades contra otro Estado o sus dependencias por asuntos *ius gestionis*.

El tema interpretativo abre muchas inquietudes conceptuales. De hecho, el arbitraje evita formalismos y en la práctica, mientras menos regulado se encuentre, permite más probabilidades de acordar un procedimiento por las partes, lo cual genera ventajas e incertidumbres.

Ecuador demandó a U.S. en un caso⁶²¹ iniciado en el 2012, con el propósito de interpretar el contenido, alcance y aplicación del Artículo II (7) del Tratado suscrito entre ese país y la República del Ecuador, relativo al Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 27 de agosto de 1993.

El propio tratado internacional establecía la posibilidad de recurrir al arbitraje respecto a la interpretación o aplicación del TBI, para lo cual, el arbitraje debía llevarse conforme las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL), que prevé que cada parte nombre su propio árbitro, y estos en conjunto designen a su presidente.⁶²²

El texto que se pretendía interpretar literalmente expresaba:

“Artículo II. (7). Cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión.”⁶²³

El Tribunal⁶²⁴ emitió su Laudo el 29 de septiembre de 2012,⁶²⁵ el cual estableció lo siguiente:

“6. Conclusión. 233. Por lo tanto, a la luz de sus conclusiones, el Tribunal debe desestimar el caso en su totalidad y poner fin al arbitraje. No obstante, el Tribunal

⁶²¹ Caso: The Republic of Ecuador vs. The United States of America [2012-05]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/cases/83/>

⁶²² Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones, 1992. Disponible en: http://www.sice.oas.org/bits/usaec_s.asp

⁶²³ Ibidem, Artículo II. (7).

⁶²⁴ El tribunal estuvo compuesto por los Profesores Luiz Olavo Baptista (Presidente), Donald McRae y Raúl Emilio Vinuesa.

⁶²⁵ Laudo de 29 de septiembre de 2012. Disponible en: <https://pcacases.com/web/sendAttach/7131>

aprovecha esta última oportunidad para elogiar a las Partes y sus representaciones respectivas por su defensa y colaboración ejemplares en lo que ha sido un caso novedoso y exigente—tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo (...) Por las anteriores razones, el Tribunal decide por mayoría, lo siguiente;

- (1) El Tribunal carece de jurisdicción, por lo que el caso debe desestimarse en su totalidad, dada la inexistencia de una disputa que se encuentre dentro del ámbito del artículo VII del Tratado; y
- (2) Los honorarios y gastos del Tribunal y de la Secretaría, así como los otros costes del procedimiento, serán sufragados en partes iguales por las Partes, de acuerdo con el artículo VII(4) del Tratado.”

La opinión disidente⁶²⁶ del Laudo dictado por mayoría fue muy amplia y consta en 39 páginas y 244 párrafos. En su parte final expresa: “242. Disiento con la mayoría sobre su afirmación de que la jurisprudencia citada por las Partes avala su conclusión en cuanto a que la inferencia de una oposición positiva se concede solamente cuando toda otra interpretación razonable de la conducta de la Demandada y de los hechos circundantes, deba excluirse. Mi disenso se funda en que la antedicha afirmación se aparta del texto y contexto propio de los precedentes citados. No en vano tan rotunda afirmación de la mayoría no se sostiene en cita alguna de párrafos pertinentes de los precedentes referidos. 243. Finalmente, disiento con las afirmaciones exclusivamente especulativas de la mayoría sobre la eventual existencia de una controversia sobre la obligación de responder o consultar en razón de que las Partes no entendieron que tal controversia existía, ni alegaron sobre su supuesta existencia.”⁶²⁷

Tanto la opinión de mayoría como la disidente coinciden en que el objeto y las pretensiones de las disputas no podían haber sido resueltos por el tribunal arbitral.

Interesantemente, el 25 de noviembre de 2010, la CrCE en Dictamen No. 043-10-DTI-CC,⁶²⁸ dentro del caso No. 0013-10-TI, declaró la inconstitucionalidad del mencionado

⁶²⁶ Opinión disidente de 29 de septiembre de 2012. Disponible en: <https://pcacases.com/web/sendAttach/7133>

⁶²⁷ Ibidem

⁶²⁸ Dictamen No. 043-10-DTI-CC de 25 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7633e338-42eb-4e06-9cb8-f427e6125f7c/0013-10-TI-res.pdf>

Tratado suscrito entre los U.S. y la República del Ecuador relativo al Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, el mismo que fue objeto de arbitraje en la CPA.

El dictamen de inconstitucionalidad, en lo principal, expresó:

“1. La denuncia del *‘Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica 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 Norteamérica de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones’*.”⁶²⁹

A criterio de la CrCE,⁶³⁰ el Art. 422⁶³¹ de la C.E. fue la norma vulnerada que motivó la declaratoria de inconstitucionalidad del tratado internacional. Cabe mencionar que no existen registros de que en otros países se hayan dado declaraciones de inconstitucionalidad similares.

La República del Ecuador, luego de denunciar todos sus TBIs no ha vuelto a intentar arbitrajes interpretativos sobre el contenido y aplicación de sus normas. Finalmente, este arbitraje, en estricto sentido, no tuvo una existencia independiente ni un fin autónomo, ya que estaba ligado a las demandas propuestas por empresas privadas en el marco del arbitraje internacional de inversión.

7.2 Arbitraje Comercial y de Inversión.

Los arbitrajes internacionales de inversión y comerciales ilustran de la mejor forma los posibles casos en los cuales un Estado soberano puede ser condenado por actos o hechos

⁶²⁹ Dictamen No. 043-10-DTI-CC, Págs. 30-31.

⁶³⁰ Un resumen del caso puede encontrarse en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=043-10-DTI-CC>

⁶³¹ El Art. 422 de la C.E. impide al Estado celebrar tratados o instrumentos internacionales que cedan jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional.

que en principio se entienden conformes a su derecho interno, tema relevante respecto del problema investigativo e hipótesis propuesta.

La experiencia de Ecuador en materia de arbitraje comercial y de inversión ha sido abiertamente negativa, por una parte, por el desconocimiento de esta práctica sofisticada y compleja y, por otro lado, por el hecho objetivo de que, hasta la fecha, el Estado no ha conformado un equipo de defensa total y directa que asuma completamente el resguardo de los intereses nacionales.

Bien puede decirse que el arbitraje internacional se encuentra en auge, desplazando a un segundo plano a las tradicionales reglas del DIPr. En muchos casos, el arbitraje evita la aplicación de una ley nacional y los consecuentes conflictos de leyes relacionados a este hecho. Junto a este auge, se han acrecentado múltiples críticas en torno a la imparcialidad y eficacia del sistema.

De otro lado, el arbitraje comercial internacional representa una interesante paradoja en el sentido de que se resulta elitista y sofisticado y, al mismo tiempo, tiene una simplicidad amplísima, circunstancia que lo hace muy básico.

En estricto sentido, no existen reglas exhaustivas de arbitraje por cuanto son las partes las que acuerdan un calendario procesal y otras cuestiones relacionadas a la conducción procedimental. Esto nos lleva a la reiterada pregunta, sin respuesta categórica, respecto a si ¿el arbitraje es un proceso de jurisdicción o, por el contrario, tiene una naturaleza contractual?⁶³² La realidad es que el arbitraje no tiene la rigurosidad y formalismo del derecho procesal local y sus prácticas se encuentran mayormente armonizadas. Entre los principales centros o instituciones de arbitraje comercial internacional destacan:

- A. La Cámara de Comercio Internacional (ICC).⁶³³
- B. La Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA)- (ICDR).⁶³⁴
- C. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).⁶³⁵

⁶³² La naturaleza del arbitraje contractual o jurisdiccional sigue abriendo debates interminables. La tendencia actual es a favor de regular el arbitraje, institución históricamente caracterizada por una absoluta libertad formal. Encontrar equilibrios representa retos, sobre todo cuando intervienen como demandados estados soberanos. Sobre el tema ver: Howard M. Holtzmann, “Some Reflections on the Nature of Arbitration”, *Leiden Journal of International Law* 6, no. 2, Cambridge, 1993, Págs. 265–277.

⁶³³ International Chamber of Commerce (ICC). Disponible en: <https://iccwbo.org/>

⁶³⁴ International Centre for Dispute Resolution (ICDR). Disponible en: <https://www.icdr.org/>

⁶³⁵ London Court of International Arbitration. Disponible en: <https://www.lcia.org/>

Es necesario señalar que ninguno de estos centros fue concebido en sus orígenes para conocer disputas contra Estados soberanos o sus instrumentalidades, sin embargo, la práctica arbitral ha conducido a que muchos negocios internacionales en los que participa el Estado sean conocidos o administrados por tales centros. Es por esta razón que no existe un único arbitraje de naturaleza comercial privada sino, por el contrario, casos complejos de naturaleza mixta.⁶³⁶

El arbitraje administrado (a cargo de centros permanentes y reconocidos), tiene un rol importante, aunque no absoluto, ya que en temas comerciales o de inversión pueden iniciarse procesos independientes o *ad hoc*. Respecto de estos últimos, usualmente pueden aplicarse las reglas de arbitraje internacional de la CNUDMI (UNCITRAL),⁶³⁷ sin que ello tampoco sea definitivo ni absoluto. Incluso en los casos de arbitraje independiente o *ad hoc* se puede solicitar apoyo secretarial a instituciones reconocidas en el ámbito internacional como la CPA.⁶³⁸

Básicamente, las ventajas del arbitraje se encuentran reflejadas en las deficiencias de los procesos judiciales. Si el proceso judicial fuere expedito, libre de avatares y de vicios, difícilmente podrían encontrarse ventajas al arbitraje.

El arbitraje resulta más ventajoso siempre y cuando los resultados sustanciales sean mejores en fundamentación e imparcialidad, así como en cuestiones procesales traducidas en reducción de costos y tiempo. Aunque existe un sentido general favorable al arbitraje internacional, es evidente que litigios complejos en los que intervienen Estados soberanos no son muy económicos ni expeditos.⁶³⁹

⁶³⁶ Sobre el tema ver: Karl-Heinz Böckstiegel, “Mixed International Arbitration. By Stephen J. Toope. Cambridge: Grotius Publications Limited”, 1990, *American Journal of International Law* 86, no. 1, Cambridge, 1992, Págs: 228-230.

⁶³⁷ UNCITRAL (CNUDMI) Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4) 2013. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>

⁶³⁸ No solamente la CPA puede operar en tal sentido, incluso el CIADI puede conocer casos que no son propios de su jurisdicción a través del llamado mecanismo complementario creado en 1978. El Reglamento de Arbitraje por Mecanismo Complementario, establece: “Art. 1. Campo de aplicación. Cuando las partes en una diferencia hayan acordado someterla a arbitraje sujeto al Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario), la diferencia se arreglará de conformidad con el presente Reglamento, salvo que, si cualquiera de las normas de este Reglamento está en conflicto con una disposición de la ley aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición.”

⁶³⁹ PGE, *VISIÓN CRÍTICA DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES DESDE LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR*, Gestión 2008-2016 Diego García Carrión, Quito, 2016, Pág. 163.

Por su propia definición, existen diferencias sustanciales entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión. Antes de describir y analizar las diferencias, queda pendiente la pregunta: ¿qué es el arbitraje internacional?.

La respuesta a la pregunta no es evidente, ya que el litigio complejo otorga nuevas y diferentes características a esta práctica ancestral del derecho. Autores destacados consideran que el arbitraje es un método simple para resolver controversias, a través del cual, las partes en disputa acuerdan someter sus controversias a la decisión de un árbitro privado quien adjudica una decisión de obligado cumplimiento, la cual puede ser anulable mas no revisada en méritos o apelación. En otras palabras: “arbitration, in short, is an effective way of obtaining a final and binding decision on a dispute, or series of disputes, without reference to a court of law (although, because of national laws and international treaties such as the New York Convention, that decision will generally be enforceable by a court of law if the losing party fails to implement voluntarily).”⁶⁴⁰

La noción de simplicidad referida contiene una paradoja, ya que en la práctica pocos abogados⁶⁴¹ participan en arbitrajes internacionales compartiendo e intercambiando posiciones. El justificativo sobre dicha práctica se la encuentra en la alta complejidad que tiene esta disciplina, que limita su ejercicio por abogados sin formación específica en la materia. En función de lo acotado, si el arbitraje se caracteriza por su simplicidad, cabe preguntarse: ¿por qué Estados como el Ecuador deben recurrir a la contratación de firmas jurídicas extranjeras?.

7.2.1. Diferencias sustanciales.

Por propia naturaleza, el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión son distintos, ya que pese a que llevan un mismo nombre existen diferencias sustanciales que los hacen únicos. Entre las principales diferencias puede mencionarse:

⁶⁴⁰ Nigel Blackaby; Constantine Partasides; Alan Redfern; and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, Chapter 1. An Overview of International Arbitration, Kluwer Law International, Oxford University Press, Oxford, 2015, Pág. 1.

⁶⁴¹ Algunos autores se han referido a la existencia de un “grupo reducido”. De este modo el árbitro Toby Landau ha expresado: “This group fits the category (...) as ‘super arbitrators’ who are ‘not just the mafia but a smaller, inner mafia’”. Texto disponible en: https://corporateeurope.org/en/trade/2012/11/chapter-4-who-guards-guardians-conflicting-interests-investment-arbitrators#footnote29_t0ds9of

- A. Fuente de consentimiento. La fuente de consentimiento del arbitraje internacional de inversión son los tratados internacionales. Aun cuando un Estado no haya firmado una cláusula compromisoria con el demandante, e incluso en el supuesto de que no tenga relación contractual o legal en absoluto, puede ser demandado. En la teoría general, el consentimiento del arbitraje debe estar por escrito en una cláusula o compromiso.⁶⁴²
- B. Objeto de disputa. En las últimas décadas se ha creado una división artificial que diferencia las disputas comerciales de las de inversión, lo que permite distinguir los procedimientos arbitrales en la práctica. Las disputas de inversión, aunque se llamen arbitraje, se traducen en litigios sobre tratados internacionales, lo que no sucede en las disputas puramente comerciales.
- C. Legalidad y garantías. Mientras en el arbitraje comercial internacional se discuten cuestiones de legalidad y de cumplimiento contractual; en el arbitraje de inversión, los árbitros aplican estándares que no son otras cosas que criterios comparativos.

Los principales estándares utilizados son:⁶⁴³

- Protección contra la expropiación;
- Trato justo y equitativo (FET);
- Trato nacional (NT);

⁶⁴² El consentimiento es la piedra angular del arbitraje, salvo excepción que podría concebirse en el arbitraje obligatorio por ley o mandato administrativo. Aquello nos lleva a concluir que el acuerdo arbitral debe contener todas las provisiones del arbitraje. No obstante, el arbitraje de inversión resulta en una especie de arbitraje obligatorio impuesto por una norma internacional, el cual también ha sido referido como propuesta general o abierta para arbitrar con cualquier demandante amparado por su nacionalidad. De este modo la doctrina ha expresado: “*The foundation of almost every international arbitration – and of the international arbitral process itself – is an international arbitration agreement. In the words of one commentator, ‘[o]bviously, no arbitration is possible without its very basis, the arbitration agreement.’ Absent a valid agreement to arbitrate, there are generally no legal grounds for requiring a party to arbitrate a dispute or for enforcing an arbitral award against a party. ‘Arbitration ‘is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed to so submit.’*” (*Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79, 83 (U.S. S.Ct. 2002) quoting *Steelworkers of Am. v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 582 (U.S. S.Ct. 1960)”. Sobre el tema ver: Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Second Edition), Part I: International Arbitration Agreements, Kluwer Law International, 2015, Nevada, Pág. 45.

⁶⁴³ Su referencia por regla general se da en idioma inglés, específicamente: Protection from expropriation; Fair and equitable treatment (FET); National treatment (NT); Most-favoured-nation treatment (MFN); Freedom to transfer funds; Full protection and security; Denial of Justice.

- Trato de nación más favorecida (NMF);
- Libertad para transferir fondos;
- Protección y seguridad completas; y,
- Denegación de justicia.

El estándar de trato justo y equitativo, al ser esencialmente comparativo, tiene un choque frontal con el principio de “discrecionalidad” del derecho administrativo local. Aquello se traduce en que un Estado puede ser internacionalmente responsable por actos que localmente son legales, pero que a la luz del derecho internacional comparativamente no son equitativos.

Lo dicho no excluye la posibilidad de que una demanda de arbitraje de inversión pueda incluir cuestiones o pretensiones contractuales.

D. *Lex Arbitri*. En referencia al principio de DIPr (*lex loci arbitri*),⁶⁴⁴ se entiende que el arbitraje tiene un asiento. En tal virtud, el lugar del procedimiento otorga nacionalidad al arbitraje y al laudo. Ello equivale a decir que los arbitrajes comerciales son esencialmente extranjeros. La *lex arbitri* es fundamental para determinar la forma de ejecución⁶⁴⁵ y nulidad de los laudos. Los procedimientos de inversión llevados al CIADI, no tienen una nacionalidad determinada.⁶⁴⁶ Lo que deriva en el hecho de que deban ser cumplidos de forma directa, y que toda posible nulidad tenga que ser conocida y resuelta por la misma entidad a través de la integración de un comité *ad hoc*⁶⁴⁷, conformado de la lista de árbitros del

⁶⁴⁴ Sobre el tema ver: William W. Park, “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, *The International and Comparative Law Quarterly* 32, no. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, Págs. 21–52.

⁶⁴⁵ Convención de Nueva York.

⁶⁴⁶ El hecho de que el CIADI y el BM tengan su sede en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos, aquello no otorga nacionalidad al proceso ni al laudo. Por ficción jurídica, se entiende que el laudo y procedimiento están deslocalizados de cualquier jurisdicción.

⁶⁴⁷ Según la Convención de Washington, la nulidad debe obedecer las siguientes reglas: Art.52 (1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. (2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho, pero en todo caso, la solicitud

CIADI. Se ha argumentado que aquello puede restar independencia y ser fuente de posibles conflictos de intereses.

Entre las diferencias fundamentales destaca el hecho de que el arbitraje internacional de inversión es unilateral. Las garantías constantes en los TBIs las otorgan los Estados a los inversionistas y en tal sentido, son las empresas, usualmente transnacionales,⁶⁴⁸ las que actúan como demandantes. Aquello abre discusiones internacionales, ya que las empresas transnacionales también tienen responsabilidad por las que deberían responder efectivamente.

A pesar de no existir una doctrina de precedente obligaría o *stare decisis*⁶⁴⁹, en cada caso se mencionan, tal vez innecesariamente, una cantidad inmensa de casos anteriores, cuyas decisiones al ser diferentes, pueden motivar argumentaciones de la parte demandada y demandante.

El arbitraje de inversión tiene dificultades prácticas y cognitivas, lo que obstaculiza su entendimiento, ya que como se indicó anteriormente no guarda similitudes con el arbitraje comercial internacional ni tampoco con el arbitraje que se da a nivel doméstico dentro de los Estados. De hecho, se trata de una adaptación híbrida.

deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo. (3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Arbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia.

⁶⁴⁸ De este modo se ha expresado: “While international law has recognised that the assets of multinational corporations could be protected through investment treaties and through customary international law, there has been little movement towards the recognition of the obligations of multinational corporations towards host states and the communities in which these corporations operate. The fiction that these corporations do not have personality in international law has often been used as a reason for the non-development of these rules, though that has not prevented the development of a right of recourse to dispute settlement under treaty.” Sobre el tema ver: Muthucumaraswamy Sornarajah, “The Liability of Multinational Corporations and Home State Measures.” Chapter en *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010. Pág. 145.

⁶⁴⁹ El *stare decisis* en arbitraje internacional de inversión es enexistente, no obstante abre varias preguntas y análisis, entre otros: “Since there is no formal rule regarding the form precedent has in investment arbitration, the practice of citing prior awards and decisions by arbitrators has led to the división of scholars into two main streams of ‘verdicts’. On the one hand, there are studies concluding that an arbitrator’s use of previous awards leads to the existence of a system of precedent characterised as ‘jurisprudence constante’(...)”. Sobre el tema ver: Mary Mitsi, *The Decision-making Process of Investor-state Arbitration Tribunals*, International Arbitration Law Library, Chapter 6: Dialogical Network: Practice, Volume 46, Kluwer Law International, Nevada, 2018, Pág. 145.

La creación del arbitraje de inversión (IA/ITA) posiblemente no fue prevista en el primer TBI firmado entre Pakistán y Alemania en 1958,⁶⁵⁰ el cual estuvo muy lejos de predecir el exponencial crecimiento del sistema. A lo dicho se suma que el mecanismo representa uno de los más sofisticados sistemas en los que comúnmente existen pocos actores reconocidos internacionalmente. El sistema no permite el libre acceso a abogados prácticamente.

El arbitraje de inversión tiene por objeto o pretende lograr la solución de controversias sobre inversiones entre empresas y ciudadanos extranjeros y Estados soberanos receptores de la inversión. Aunque no existe un símil exacto ni un antecedente preciso, podría decirse que el arbitraje de inversión tuvo una versión inicial en los casos referidos a las disputas de inversión conocidas por las comisiones mixtas de reclamos,⁶⁵¹ creadas mediante convenios bilaterales y concluidos entre mediados del siglo XIX y principios del siglo XX para resolver controversias entre los nacionales de un Estado parte en la convención con otro Estado parte.

El derecho internacional consuetudinario, de forma general, dispone el agotamiento de recursos y acciones legales locales,⁶⁵² lo cual no sucede en temas de arbitraje de inversión, salvo cuando se quiere demostrar la existencia de denegación de justicia.⁶⁵³ El agotamiento de recursos y acciones legales locales no se ha previsto en TBIs, de la misma

⁶⁵⁰ Germany-Pakistan BIT (1959): Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes), Germany and Pakistan, 1959. Disponible en: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280132bef>

⁶⁵¹ Aunque las comisiones mixtas de reclamos son cada vez más escasas, no han desaparecido en su totalidad. Respecto a su raigambre histórico puede mencionarse: “Mixed commission’ (commission mixte) was a commonly used expression in the period between the end of the 18th and the beginning of the 20th centuries for designating mainly (but not exclusively) bilateral inter-State ad hoc dispute settlement institutions (Peaceful Settlement of International Disputes). The first mixed commissions that history records are those established between the United States (‘US’) and Great Britain for settling border disputes arising after US independence.” *Max Planck Encyclopedias of International Law* MPIL, 2020.

⁶⁵² Sobre el tema ver: Malcom N. Shaw, *International Law*, op. cit., Pág. 620.

⁶⁵³ Carlos Hecker P., “La Denegación de Justicia al Inversionista Extranjero”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año V, Número 7, Buenos Aires, Invierno 2011, Pág. 84.

forma que, por ejemplo, consta en el Art. 46⁶⁵⁴ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁵⁵

A diferencia del arbitraje comercial, que necesariamente debe recurrir o utilizar la Convención de Nueva York⁶⁵⁶ para la ejecución y reconocimiento de los laudos, se entiende que el arbitraje de inversión, particularmente ante el CIADI, debe ejecutarse de forma directa. Países como Argentina han argumentado la necesidad de que los laudos del CIADI también sean objeto de ejecución y no de cumplimiento directo.⁶⁵⁷

Sin perjuicio del hecho de que los laudos deban ser cumplidos directamente, existen interesantes casos en los cuales se ha tenido que ir a cortes locales para lograr tal cometido.

7.2.2. Cifras relevantes.

El arbitraje internacional de inversión es abiertamente heterogéneo, ya que en buena parte constituye adaptaciones de un sistema artificialmente creado, que no responde a la evolución de la doctrina jurídica.⁶⁵⁸

El arbitraje internacional de inversiones, al tener una naturaleza compleja y ambigua, sus casos son muy reducidos. Según información procesada por la UNCTAD,⁶⁵⁹ el universo de casos de arbitraje de inversión se resume a:

- Total: 1023

⁶⁵⁴ Dicha norma expresa: Art. 46. 1. “Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 y 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

⁶⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁵⁶ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

⁶⁵⁷ “La relevancia del proceso de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión extranjera, tiene un significado especial para la República Argentina, ya que están pendientes en nuestro país, las solicitudes de ejecución de varios laudos arbitrales dictados por el CIADI. Respecto de estos laudos, se han suscitados diferencias interpretativas entre los inversores demandantes y la postura de la República Argentina, sobre los mecanismos adecuados para su ejecución.” Sobre el tema ver: Christian G. Sommer, El Reconocimiento y la Ejecución en los Laudos Arbitrales del CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?. Disponible en: www.revistas.unc.edu.ar

⁶⁵⁸ Si bien la creación de un sistema sin precedentes anteriores es meritoria, a la vez lleva implícito una serie de quiebres y dificultades.

⁶⁵⁹ Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/>

- Pendientes: 343
- Concluidos: 674
- Negociados: 139

A pesar de las grandes críticas y oposiciones al sistema que afirman que el arbitraje de inversión perjudica abiertamente a los Estados en beneficio de intereses particulares, las cifras nos muestran una realidad diferente, que vale la pena graficar:

- A. Casos resueltos a favor de Estado soberanos equivalen a: 246.
- B. Casos descontinuados suman: 77.
- C. Casos negociados o tranzados representan la cifra de: 139.
- D. Casos en que las empresas extranjeras ganaron a los Estados son: 198.⁶⁶⁰

A lo anotado se suma el hecho de que, por regla general, las condenas impuestas a los Estados suelen ser inferiores a las pretensiones de los inversionistas.⁶⁶¹

El estándar de trato y justo y equitativo fue utilizado para condenar a Ecuador, en los siguientes casos:

Copper Mesa vs. Ecuador (2011), Occidental vs. Ecuador I (2002), Duke Energy vs. Ecuador (2004), Occidental vs. Ecuador I (2002), Occidental vs. Ecuador II (2006), Burlington vs. Ecuador (2008), Chevron and TexPet vs. Ecuador I (2006), Perenco vs. Ecuador (2008) y, Murphy vs. Ecuador II (2011), entre otros. Mientras que el estándar de protección contra expropiaciones fue utilizado en casos como: Occidental vs. Ecuador II (2006), Burlington vs. Ecuador (2008), Perenco vs. Ecuador (2008), Murphy vs. Ecuador II (2011) y, Copper Mesa vs. Ecuador (2011).

8. EXPROPIACIÓN DIRECTA Y REGULATORIA.

La expropiación puede o no ser legal. Sin embargo, aun en la expropiación que es dada conforme al derecho local, el caso puede ser objeto de reclamación internacional y posible condena contra el Estado.

⁶⁶⁰ UNCTAD División on Investment and Enterprise, 2020. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/>

⁶⁶¹ Ecuador, no obstante de haber recibido ingentes condenas, estas fueron menores a los valores pretendidos por las demandantes.

La legislación local de Ecuador no hace distinción entre expropiación directa e indirecta, la cual, en el derecho internacional tiene una importancia mayor.

La normativa interna, por obvias razones, tampoco toma en consideración parámetros internacionales como la llamada fórmula Hull,⁶⁶² que fue desarrollada en el derecho de U.S. por su Secretario de Estado,⁶⁶³ en referencia a las expropiaciones sufridas en el año de 1917, las cuales no fueron indemnizadas de forma *oportuna, pronta, ni efectiva*.

La doctrina y práctica de la expropiación difiere del derecho público local al derecho internacional. En la práctica, la casuística refleja casos complejos en los cuales resulta difícil diferenciar algunos aspectos, salvo en los casos abiertamente antijurídicos en los que se utiliza la expropiación como medio de retaliación o afectación directa a un grupo de personas en particular.⁶⁶⁴

El tema de la expropiación sin lugar a dudas es el punto cúspide que enfrenta al derecho con las consideraciones políticas. Lo dicho puede ser magnificado si de por medio existen decisiones discrecionales, discriminatorias o retaleatorias.

Buena parte de los procesos políticos y principalmente revolucionarios prometen expropiaciones y nacionalizaciones.

Filosóficamente se puede justificar que una propiedad deba cumplir un fin social y colectivo⁶⁶⁵ y por lo tanto deba ser expropiada, si aquello no sucede conforme a la dogmática política imperante en el momento. La política no solo determina aquella

⁶⁶² “It is therefore surprising to find, as the Twentieth Century closes, that the Hull formula has been resurrected in hundreds of bilateral investment treaties (BITs) (5) and, more particularly, in the Energy Charter Treaty (the “Treaty” or “ECT”). Scores of capital-importing and capital-exporting states alike are parties to these agreements. The adoption of the Hull formula in the ECT is especially significant because it is the first multilateral agreement to adopt that formula and because the Treaty governs the energy sector that has so often been the battleground for past expropriation disputes.” Sobre el tema ver: Patrick M. Norton, “Back to the Future: Expropriation and the Energy Charter Treat” en Thomas W. Wälde (ed), *The Energy Charter Treaty: An East–West Gateway for Investment and Trade*, Kluwer Law International, Chapter 16, Nevada, 1996, Pág. 366.

⁶⁶³ Cornell Hull, 1871- 1955.

⁶⁶⁴ Desde los albores de la historia, los conflictos armados han derivado en el hecho de que el vencido pierda su integridad física y su propiedad, en otros casos, la historia muestra que el poder público puede ejercer el mismo efecto a través de actos de gobierno o normativos, es decir, hechos amparados bajo una norma que atentan contra derechos fundamentales.

⁶⁶⁵ En el imaginario histórico colectivo destaca la leyenda de Robin Hood quien, al robar sus bienes a los “ricos” para entregarlos a los pobres, lo convertía en un héroe. La imagen de heroísmo se intenta impregnar a los grandes actos de expropiación o confiscatorios. El llamado “*expropriative anarchism*” ha servido de fundamento teórico para la realización de prácticas ilegales por grupos que actúan al margen de la ley.

situación, en grandes explotaciones industriales o extractivitas se expropia incluso a campesinos o comuneros para consolidar grandes áreas económicas, hecho que aumenta la asimetría de forma exponencial.

Sin embargo, establecer límites y proporcionalidad a nociones como “fin social” de la propiedad es complicado, además que aquello no está libre de cuestiones subjetivas o relativismos. Al respecto: ¿qué fin social persigue el consumo o el lujo?. Dependiendo del nivel argumentativo de la respuesta, ¿cabría o no la expropiación de esas industrias o comercios?. Estas inquietudes, para un sector social, podrían ser obvias y para otro absurdas. Su sentido podría reproducirse a una infinidad de supuestos con diversos niveles de sensibilidades.

Más allá de la dimensión social, la propiedad da seguridades mínimas al ser humano. El derecho a la propiedad garantiza a toda persona su bienestar, libertad, dignidad y trabajo. Dejar a una persona privada de su propiedad implica un menoscabo grave, que lo deja en situación de total vulnerabilidad y dependencia.

Desde Roma la institución jurídica denominada como “*capitis deminutio*”⁶⁶⁶ implicaba la pérdida de libertad y capacidad jurídica ante la falta de bienes y recursos. Usualmente los esclavos, sometidos luego de confrontaciones bélicas, eran privados de todos sus bienes, lo que implicaba la pérdida de su libertad y capacidad.

Hasta la actualidad, pese a la evolución del derecho constitucional, todavía existe prisión por deudas.⁶⁶⁷ La insolvencia por falta de bienes o recursos para cumplir las obligaciones básicas de subsistencia implican una incapacidad jurídica para actuar.

Históricamente, las tiranías han expropiado y sometido a la población a una determinada regulación económica, con el objeto de garantizar una dependencia absoluta al sistema.

⁶⁶⁶ Sin perjuicio de su gradación en máxima, media o mínima, la “*capitis deminutio*” establece la relación directa entre el patrimonio, la capacidad y la libertad. Privar de sus bienes a una persona tiene un efecto mayor que la simple valoración de los bienes expropiados, bajo un análisis de costo y depreciación contable.

⁶⁶⁷ La evolución del derecho constitucional ha instituido que no exista prisión por deudas. Las deudas son un tema civil y no un asunto criminal. La C.E. en su Capítulo Sexto, Derechos de libertad, Art. 66, establece que se reconoce y garantizará a las personas: 29 (...) “c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.”

En Ecuador la C.E.⁶⁶⁸ admite la expropiación con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, por razones de utilidad pública o interés social y nacional.

Aun partiendo del hecho de que aquello se cumpla, y bajo la premisa de que la normativa local proscribiera toda forma de confiscación, una empresa extranjera podría argumentar su caso sobre la base del principio de trato justo y equitativo. La exposición sería: ¿por qué razón expropian mi propiedad y no la de otros terceros que podrían cumplir con los parámetros de utilidad pública o interés social?

La normativa nacional, en caso de existir una disputa internacional, no da pautas totales ya que la norma sustantiva aplicable si bien puede ser de derecho público local, no incluye las reglas adjetivas de valoración de estándares internacionales que categoriza la expropiación en temas comerciales o de inversión.

Ni la C.E., ni la norma de derecho público especializada contenida en el denominado COOTAD,⁶⁶⁹ tratan sobre la expropiación de derechos, sino únicamente se limitan a bienes. Interesantemente, una norma de menor jerarquía que data de 1937⁶⁷⁰ lo hace respecto de derechos de servidumbre y de industria. No obstante, tanto por lo anacrónico como por su objeto limitado, dicha norma no puede suplir estándares internacionales, ni pretender ser aplicada de forma subsidiaria a la expropiación de derechos.

El derecho internacional, así como la casuística local con efectos de extranjería, entiende a la expropiación como la toma de propiedad extranjera por parte de un Estado o una de sus instrumentalidades, ya sea con fines políticos o por otras razones fundamentadas en supuestos actos soberanos o de necesidad del Gobierno.

Comunmente, en procesos revolucionarios los actos expropiatorios incluyen el despliegue de fuerza física y amedrentamiento en la toma de la propiedad, asociado con el aprisionamiento o muerte del expropiado a fin de garantizar que no existan reclamos posteriores sobre la propiedad tomada.

La presencia de un sentimiento de revancha popular puede ser justificada indebidamente en procesos armados, siendo que la práctica de la fuerza bruta puede afectar la legitimidad

⁶⁶⁸ C.E., Art. 323.

⁶⁶⁹ COOTAD, Ley 0 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

⁶⁷⁰ Concesión de Servidumbres y Expropiaciones para Industrias, Decreto Supremo No. 125 publicado en el Registro Oficial No. 534 de 08 de julio de 1937.

y existencia misma del derecho. Es claro que en la actualidad hay medios más sofisticados para la expropiación, lo que se conoce internacionalmente como expropiación regulatoria.

El país fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la expropiación regulatoria, a través del cobro de impuestos, en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador,⁶⁷¹ donde se dispuso la restitución.⁶⁷² Internacionalmente, se entiende que los impuestos al patrimonio, entre otros, tienen un carácter expropiatorio. En muchos casos, el impuesto al patrimonio implica perder de la propiedad en condiciones de mercado, donde nadie quiere adquirirla por evitar la carga de ese gravamen. Incluso, en la práctica con la venta del bien no podría cumplirse con la obligación impositiva.

La expropiación dada como resultado de medidas gubernamentales tributarias, medidas indirectas o sancionatorias tiene el efecto equivalente de una toma formal de la propiedad, traducida en el menoscabo o destrucción de esta. Dentro del ámbito regulatorio, el derecho internacional comenzó propiamente a proteger el derecho a la propiedad de los extranjeros ante actos de expropiación arbitraria o retaleatoria de sus bienes, en los tratados suscritos a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX.⁶⁷³

La consolidación del sistema moderno de protección de inversiones ha limitado la relación directa entre Estados, la cual potencialmente podía incluir represarías armadas. En la práctica, las acciones de reclamación diplomática con *manu militari* que estuvieron presentes a lo largo de toda la historia son cada vez menores, sin que se pueda excluir la posibilidad de su ocurrencia.

Sin duda alguna, las decisiones judiciales dadas a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial allanaron el camino para que el derecho internacional consuetudinario

⁶⁷¹ Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo).

⁶⁷² Salvador Chiriboga vs. Ecuador, en la parte resolutive del caso puntualmente se expresa: “Restitución 122. El Tribunal reitera que las cargas adicionales consistentes en el pago de impuestos y multas por solar no edificado fueron indebidamente cobradas a la señora Salvador Chiriboga y en el presente caso revelan la imposición de cargas que se consideran excesivas y desproporcionadas para la víctima. En ese sentido, la Corte ha declarado en situaciones específicas la existencia de cargas especialmente gravosas para el patrimonio de una persona. Si bien el Estado emitió la Resolución del Concejo Metropolitano de Quito No. C 0704 aprobada el 27 de septiembre de 2007, la cual fue modificada por el Concejo Metropolitano de Quito, en sesión pública ordinaria celebrada el 24 de octubre de 2007 (supra nota 161), con el fin de disponer la devolución de lo cobrado por el Municipio de Quito, así como los intereses, a la fecha de la presente Sentencia no se ha concretado.”

⁶⁷³ A pesar de que realizar un esquema histórico sobre la materia podría ser interminable y es que debería incluirse toda la casuística política que despierta elementos jurídicos sobre el tema, destaca la referencia constante en: Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 5th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, Págs. 363–411.

pueda materializarse en reparaciones dadas entorno a la expropiación o incluso acciones más burdas como saqueos,⁶⁷⁴ que en esencia tienen la misma naturaleza a pesar de sus diferencias de forma (los saqueos fueron acompañados incluso con genocidios).⁶⁷⁵

En este aspecto, la confrontación entre el derecho natural y el derecho positivo también se hace visible ya que históricamente el vencedor tenía el derecho a escribir la historia y redactar las normas, por lo tanto, el vencedor difícilmente podía ser sancionado por un acto de fuerza. Las grandes potencias no iban a admitir la creación de un derecho que límite o proscriba la expropiación cuando aquello podía serles perjudicial, pese a que los beneficios hubieren sido sumamente mayores al crear una certeza jurídica que permita relacionamientos internacionales sobre una base jurídica y no en la amenaza o la fuerza.

La evolución del derecho internacional implicó que los principios puedan materializarse en reparaciones concretas. Al efecto, el desarrollo de estándares mínimos para la expropiación legal de activos extranjeros debe tener un propósito público (lo que guarda coherencia con los mandatos del derecho administrativo general). Así, la expropiación debería darse por nociones o motivaciones generales de beneficio o utilidad pública y no de manera discrecional o discriminatoria, ni como un acto político de afectación o de venganza. Por ello la necesidad de tener parámetros mínimos que garanticen la prevalencia del debido proceso sobre la arbitrariedad (toda expropiación debe estar acompañada del pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva).

Desde hace unas cuantas décadas, sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos, el medio más eficaz para la protección contra la expropiación de bienes de extranjeros consta en los TBIs o en capítulos específicos de tratados de libre comercio.⁶⁷⁶ Los TBIs incorporan resguardos mínimos para la reparación frente a medidas expropiatorias, conforme al derecho internacional consuetudinario.

⁶⁷⁴ Como ejemplo destacan los saqueos realizados por el Ejército de la Alemania Nazi. La destrucción del pueblo judío que para Hitler tenía un simbolismo al relacionarlo con el pueblo de Dios, al cual él se oponía moralmente, tuvo como consecuencia el saqueo patrimonial que finalmente perseguía su exterminio. Además de lo mencionado, el Ejército Nazi, sin pudor alguno, en inobservancia abierta del derecho natural (*ius gentium*) que ha imperado en las naciones civilizadas, implementó mecanismos para el saqueo y destrucción de todas las obras de arte y patrimoniales de los lugares que fueron sometidos por su fuerza. Igualmente, destaca el saqueo del oro que tuvo repercusiones ante la CIJ, cómo se ha mencionado en la presente investigación.

⁶⁷⁵ Sobre el tema ver: Raul Hilberg, *The Destruction of the European Jews: Third Edition*, Yale University Press, Connecticut, 2003, Págs. 79–154.

⁶⁷⁶ Tema tratado en extenso en el Capítulo IV.

Los tribunales arbitrales de inversión están muy lejos de tomar decisiones asimilables a las de un juez administrativo o constitucional. A pesar de existir medidas provisionales no tienen poder para suspender definitivamente los actos del poder público ni para revertir sus efectos, únicamente tienen capacidad para determinar una consecuencia económica sobre a una posible reparación.

Los TBIs proporcionan normas adicionales sobre los tipos de propiedad protegida, los requisitos para dicha protección y las acciones a adoptar para el efecto (aunque en estricto sentido no se proteja la propiedad sino la inversión).⁶⁷⁷ Aquello brinda varias dificultades técnicas, pero principalmente afecta la noción de justicia, ya que la valoración de un Tribunal arbitral únicamente determinará si una inversión está protegida o no contra expropiación.

Explorar sobre la casuística, más allá de un interés académico, despierta una gran incertidumbre jurídica ya que de hecho no existen certezas ni generalidades, así, por ejemplo: “in *Amoco v. Iran*, the Iran-United States Claims Tribunal stated that ‘expropriation ... may extend to any right which can be the object of a commercial transaction, i.e. freely sold and bought, and thus has a monetary value’. In *Pope & Talbot v. Canada*, the tribunal considered that the ‘investment’s access to the United States market is a property interest subject to protection under Article 1110’, given that the ability to sell softwood from British Columbia to the United States was an important element of the business. (However, it did not consider it to be a separate investment, but assessed the impact of the loss of the export business on the investor’s enterprise as a whole.)”⁶⁷⁸

Una de las preguntas más importantes que enfrentan los tribunales de inversión internacionales, que aplican e interpretan los TBIs, es la distinción entre expropiaciones indirectas compensables y medidas regulatorias legítimas no compensables. La frontera entre ambos casos tiene más consideraciones políticas que jurídicas, sin embargo, hay límites que en el derecho internacional no pueden ser soslayados. Los principios y

⁶⁷⁷ La noción de inversión no es clara ni ciertamente definida, apenas tiene algunos parámetros traducidos en el caso *Salini*, los cuales tampoco son precedentes obligatorios al no existir un *stare decisis* obligatorio.

⁶⁷⁸ United Nations Conference on Trade and Development Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Geneva, 2012, Pág. 18.

métodos⁶⁷⁹ para cuantificar la compensación y los criterios para valorar la propiedad expropiada es un tema aparentemente técnico que no está libre de interpretaciones.

En el caso *Metalclad vs. Mexico*,⁶⁸⁰ resuelto a favor del inversionista sobre la base del tratado de libre comercio NAFTA,⁶⁸¹ se alegó la existencia de expropiación regulatoria por parte del inversionista. Al respecto, el Tribunal arbitral al valorar el caso entendió que existió una expropiación directa. La empresa Metalclad hizo relación en su demanda a dos actos de poder público o gubernamentales distintivos. De este modo, se menciona un conjunto de hechos que negaron de manera acumulativa a la empresa un permiso para operar una instalación de disposición de desechos peligrosos en la vereda La Pedrera, municipio de Guadalcázar, en el estado mexicano de San Luis Potosí. A lo dicho se agrega el hecho de que a nivel estatal se convirtió la propiedad en una reserva ecológica, quitando todos los derechos de uso privado de Metalclad.⁶⁸²

La negativa en relación con el otorgamiento de renovación de permisos puede ser un ejemplo claro, entre otros tantos casos, de expropiación regulatoria, ya que sin un permiso de operación la propiedad pierde valor comercial efectivo.

Por lo tanto, la toma de bienes o predios, incluso bajo motivaciones generales y de bien común, como la realización de parques o reservas ecológicas implica una expropiación directa que debe ser compensada ya sea de acuerdo a la legislación local o por los parámetros internacionales. La legalidad de los actos públicos y de gobierno no son el punto central para diferenciar la expropiación directa de la expropiación regulatoria.⁶⁸³ De hecho, un acto abiertamente arbitrario, injustificado, desproporcionado o retaleatorio entraría dentro del ámbito del ilícito internacional, cuyo desarrollo se encuentra en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

⁶⁷⁹ Oswaldo Santos D., “Introducción a la valoración de daños (con aplicación al arbitraje)”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 16, Quito, 2014, Pág.110.

⁶⁸⁰ *Metalclad Corp. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

⁶⁸¹ North American Free Trade Agreement (NAFTA), Chapter Eleven, Investment.

⁶⁸² El caso es detalladamente analizado en: Christopher F. Dugan; Don Wallace, Jr.; Noah Rubins; and Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2008, Págs. 429–491.

⁶⁸³ Sobre el tema ver: August Reinisch (ed), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, Oxford, Págs. 151–204.

Con la evolución del derecho se entendería que los actos expropiatorios que impliquen un ilícito internacional serían cada vez menores, sin embargo, no es posible desconocer tales probabilidades.

La globalización, junto al aumento paulatino del derecho positivo internacional constante en tratados, conduce al hecho de que la expropiación y sus métodos de valoración sean materia de procesos de unificación por métodos uniformes,⁶⁸⁴ a pesar de las diversas fuentes normativas locales existentes en cada Estado, que directamente motivan los actos expropiatorios.

La unificación ha tenido intentos interesantes en materia privada, tales como el de UNIDROIT, sin embargo, representa mayores retos en temas netamente de orden público; sin perjuicio de ello, es necesario crear nuevas instituciones y aquí es evidente que los estándares de protección internacional versus las normativas locales públicas tienen desencajes elementales.⁶⁸⁵

Aunque el avance normativo es evidente, los estándares internacionales protegen a las inversiones⁶⁸⁶ y no al derecho de propiedad como tal, lo que puede llevar a ciertas disquisiciones teóricas y técnicas que dejarían en desprotección a la propiedad que no cuadre en la definición de inversión, según el texto de un tratado internacional específico, agregándose el hecho de que los TBIs no son instrumentos jurídicos exhaustivamente desarrollados, sino meramente referenciales y escuetos en su contenido y estructura.

No obstante, la indiscutible importancia de los TBIs y de los capítulos especializados de los tratados de libre comercio, el tema de la expropiación subyacentemente sigue siendo un aspecto del derecho internacional consuetudinario. Aquello implica que la responsabilidad internacional del Estado por expropiación no se extingue por el hecho de denunciar los tratados internacionales⁶⁸⁷ o no ser parte de los mismos, ya que el Estado podría ser demandado en base al derecho internacional consuetudinario, aunque no

⁶⁸⁴ Sobre el tema ver: Marc Bungenber; Jörn Griebel; Stephan Hobe; August Reinisch; and Yun-i Kim, *International Investment Law: A Handbook*, Oxford: Hart, 2015, Pág. 740.

⁶⁸⁵ Incluso se ha llegado a proponer la redefinición del concepto de expropiación, por ejemplo: Björn Hoops; Ernst Marais; Hanri Mostert; Jacques Sluysmans; and Leon Verstappen, ed. “Rethinking Expropriation Law”, *Papers presented at the Colloquium on Rethinking Public Interest in Expropriation Law*, held in Groningen, The Netherlands, 26–28 September 2013.

⁶⁸⁶ Sobre el tema ver: Rudolf Dolzer; Ursula Kriebaum; and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2d Ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, Pág. 10.

⁶⁸⁷ Lo expresado tiene particular importancia respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad y la posterior denuncia de los tratados internacionales de inversión realizados por la República del Ecuador.

directamente por el inversionista, sino a través de protección diplomática. Lo mencionado, sin perjuicio de la existencia de cláusulas de supervivencia que extienden la vigencia del tratado aun después de su denuncia y permiten la posibilidad de demandas directas por parte de los inversionistas.

Ambas vías potencialmente se aplican a una variedad de foros internacionales (destacando el arbitral). En tal razón, a pesar de una cantidad considerable de decisiones, no se ha generado un *stare decisis* vinculante,⁶⁸⁸ ya que no hay algo similar a una Corte Suprema Internacional que unifique los fallos y determine la obligatoriedad de precedentes fundamentales. A lo señalado se agrega el hecho de que los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo valoran y jerarquizan el precedente de distinta manera.

Al existir discrepancias abiertas entre distintos sistemas jurídicos,⁶⁸⁹ la adopción de un precedente obligatorio⁶⁹⁰ en disputas referentes a expropiaciones es algo que tiene adeptos y detractores. Incluso, de forma irónica, se ha llegado a plantear el tema como una necesidad o como una excusa.⁶⁹¹ El hecho de tener un cuerpo de precedentes no necesariamente implica una mejor aplicación del derecho, sino una mayor previsibilidad que bien podría ser sobre una línea jurisprudencial acertada o equivocada. La Convención del CIADI expresamente establece el efecto *inter partes* de los laudos,⁶⁹² lo que implica negar una validez conceptual general o *erga omnes*.

En tal sentido, cada tribunal tiene libertad para conocer y valorar los casos según las circunstancias particulares; a consecuencia de lo cual no existe un cuerpo de decisiones consistentes ni armónicas. Dicho de otro modo, no existe jurisprudencia internacional vinculante sobre la materia de expropiación. Sin perjuicio de lo mencionado, es

⁶⁸⁸ Se trata de una locución proveniente del latín que significa “mantener las cosas cómo han sido decididas.” Su vigencia es muy reducida en el derecho continental en comparación a la importancia primigenia que tiene en el common law. El precedente puede tener la calidad de: “applied”, que significa que es plenamente obligatorio (binding). Adicionalmente, puede tener la condición de “adopted”, caso en el cual su autoridad es persuasiva (persuasive). Incluso, el precedente puede evolucionar, en cuyo caso los principios o preceptos pueden perder su fuerza tanto obligatorio como persuasiva (overruled).

⁶⁸⁹ Nociones de derecho continental tales como: “arrêt de principe” o “jurisprudence constante”, si bien hacen mención de la doctrina del precedente jurisprudencial, dista abiertamente del carácter vivencial que tiene el precedente en el derecho anglosajón.

⁶⁹⁰ En Ecuador existe un sistema limitado de precedentes.

⁶⁹¹ Sobre el tema ver: Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?”, *The Freshfields Lecture Arbitral*, 2006. Disponible en: https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media012319143087_13000950001.pdf

⁶⁹² Convenio del CIADI, Art 53.

importante tomar en cuenta casos referenciales como por ejemplo el citado Chorzów Factory.

En el caso Chorzów Factory se afirmó la noción de que los derechos e intereses de un individuo y los de un Estado, siempre se ubican en planos diferentes. En tal sentido, el daño o perjuicio sufrido por un individuo nunca es idéntico en especie al daño sufrido por un Estado por el mismo hecho o infracción. Interesantemente este es un caso que no ha perdido vigencia con el transcurso del tiempo y que incluso actualmente sigue siendo citado o referido en arbitrajes de inversión. En definitiva, establece claramente que la afectación que sufre el Estado extranjero no es la misma que sufre el inversionista o una persona en particular.

Otro de los elementos discutidos en la responsabilidad internacional del Estado por expropiación es el hecho de recurrir o no a cortes locales para buscar una compensación. Posiblemente el agotar todos los recursos locales infructuosamente habilite una demanda adicional por denegación de justicia, sin embargo, aquello podría ser muy costoso. Varios autores han tenido un enfoque crítico sobre el tema mencionado,⁶⁹³ de hecho, se trata de una materia compleja no resuelta normativamente y que casuísticamente dependerá en buena parte del análisis realizado por cada juzgador.

Por su parte, la expropiación regulatoria⁶⁹⁴ implica varias sutilezas que sin duda alguna pueden degenerar en responsabilidad internacional del Estado, sin la necesidad de haber cometido un ilícito o un acto abiertamente arbitrario. El inversionista o propietario extranjero no tiene garantizado el lucro o un retorno que le permita tener ganancia o amortizar su inversión. Si bien los actos regulatorios pueden afectar las legítimas expectativas⁶⁹⁵ del negocio y las proyecciones de ganancia realizadas, sin embargo, aquello no necesariamente es expropiatorio.

⁶⁹³ Sobre el tema ver: Peter T. Muchlinski; Federico Ortino; and Christoph Schreuer, Eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, Págs. 407–456.

⁶⁹⁴ Sobre el tema ver: Christopher Schreuer, “The Concept of Expropriation under the ETC and Other Investment Protection Treaties”, *Transnational Dispute Management* 5, Zuid-Holland, 2005, Págs. 1–39.

⁶⁹⁵ El tema de legítimas expectativas tiene implícito varias dificultades. En principio, ni las normas jurídicas locales ni el Estado en general garantizan las expectativas de los ciudadanos. Por el contrario, el Estado a través de sus privilegios unilaterales se encuentra sobre el interés particular. En materia internacional, las legítimas expectativas tienen un desarrollo no previsto en el derecho en general. Sobre el tema ver: Chester Brown, “The Protection of Legitimate Expectations As a ‘General Principle of Law’: Some Preliminary Thoughts”, *Transnational Dispute Management* 1, Zuid-Holland, 2009, Pág. 3.

Como se ha podido evidenciar, la expropiación genera un punto de quiebre y una evidente discrepancia entre el derecho público local y el derecho internacional.

Entre los laudos que sancionan el incumplimiento de la norma de protección contra la expropiación, se encuentran:

- Burlington c. Ecuador,⁶⁹⁶
- Perenco c. Ecuador,⁶⁹⁷
- Murphy c. Ecuador II,⁶⁹⁸
- Occidental c. Ecuador II,⁶⁹⁹
- Copper Mesa c. Ecuador.⁷⁰⁰

La condena de Ecuador sobre el tema no hubiese sido posible si el foro de reclamación hubiese sido tribunales o cortes locales, ya que la defensa de haber cumplido con el marco legal vigente hubiera sido suficiente para descontinuar el conocimiento de dichos reclamos.

Conclusiones a la Segunda Parte.

El tema de la responsabilidad jurídicamente tiene un origen sustancialmente *iusprivatista* y la evidencia muestra que su discusión no ha sido primordial en la agenda internacional, lo dicho sin perjuicio de la relevancia sustantiva que tiene el ilícito internacional y su sanción, hipótesis que no es tema central de la presente investigación.

El derecho administrativo ha adaptado las nociones romanistas de responsabilidad, las cuáles no guardan relación con el derecho internacional. De ahí, la dificultad de entender la *ratio decidendi* de tribunales internacionales. Esto se traduce también en el hecho de que el cumplimiento de una norma legal no implica necesariamente que el derecho internacional haya sido respetado.

⁶⁹⁶ Burlington Resources, Inc. vs. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/5).

⁶⁹⁷ Perenco Ecuador Ltd. vs. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6.

⁶⁹⁸ Murphy Exploration & Production Company International vs. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434).

⁶⁹⁹ Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.

⁷⁰⁰ Copper Mesa Mining Corporation vs. The Republic of Ecuador, PCA CASE NO. 2012-2.

El derecho público local está lejos de consolidar un derecho administrativo supranacional, pese a que los procesos globalizadores empujan a una reducción de la soberanía local.

Los actos de gobierno o poder público, aun legales localmente, como la expropiación o la imposición de sanciones, pueden acarrear responsabilidad internacional del Estado, en base a estándares supranacionales de carácter comparativo.

Los casos comerciales y de inversión han presentado el mayor contingente de pérdidas para la República del Ecuador. Si estos casos hubiesen sido ventilados en cortes nacionales, el desenlace hubiera sido diferente, principalmente bajo el argumento de cumplimiento con la norma local.

Los tribunales internacionales aplican estándares comparativos en situaciones que, en muchos casos, no tienen correlación con la casuística ni la normativa local.

PARTE TERCERA.

EL ESTADO FRENTE A LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO IV. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL FRENTE AL PODER PÚBLICO LOCAL

1. DOCTRINAS LATINOAMERICANAS Y SU INTERPRETACIÓN.

América, luego de su etapa postcolonial, ha tenido presente la posibilidad de un nuevo sometimiento. Con argumentación más política que jurídica, se ha asociado a la jurisdicción internacional con un intervencionismo.

Parte de la libertad lograda se entiende reflejada en la posibilidad de que los Estados puedan tener sus propias leyes y aplicarlas sin que existan consecuencias internacionales.

Pese a la connotación filosófica tan importante que tiene el análisis de la jurisdicción internacional, sumado el hecho de una necesidad jurídica cada vez creciente que permita responder las preguntas relacionadas a la responsabilidad internacional del Estado, el tema tiene más interrogantes que certezas. De hecho, el pensamiento dogmático ha estado enfocado en lograr la consolidación de una jurisdicción internacional.

En América Latina, particularmente en Ecuador, la cuestión de la jurisdicción internacional sigue teniendo una prevalencia esencialmente política en el sentido de acudir a la soberanía para negar el sometimiento a jurisdicción extranjera e incluso a la solución arbitral de litigios internacionales. Lo mismo puede decirse respecto a las posturas políticas para no cumplir condenas internacionales.

Teóricamente el arbitraje constituye una sede neutral y no implica someterse a un ente político hegemónico extranjero. En este sentido, no interviene poder público alguno al ser los árbitros individuos particulares designados por las partes en litigio. Pese a lo anotado, las doctrinas han sido propuestas también contra el arbitraje.

En tal sentido con algunas adaptaciones, según cada circunstancia, se sigue recurriendo a las siguientes doctrinas:

1.1. Teoría Calvo.

La teoría Calvo⁷⁰¹ establece que los extranjeros, sean personas jurídicas o naturales, deben someterse a las cortes locales y, consecuentemente, no hacer reclamaciones en jurisdicción extranjera. La doctrina especialmente se opone al uso de la fuerza militar o presión diplomática de extranjeros que pretenden hacer valer sus derechos en reclamaciones internacionales.

La llamada cláusula Calvo se traduce en una renuncia a toda reclamación diplomática o extranjera. En su sentido original, no se incluían reclamaciones arbitrales, ya que se supone que aquellas, en caso de existir, fueron acordadas por los Estados. El hecho es que, a la época, el arbitraje internacional ni de lejos tenía la relevancia de hoy en día.

1.2. Doctrina Drago.

La doctrina Drago⁷⁰² fue desarrollada como una “respuesta” a un supuesto incumplimiento de la llamada doctrina “Monroe” (América para los americanos), expuesta por John Quincy Adams, ante la falta de intervención de U.S. en el bloqueo naval dado contra Venezuela. El presidente Cipriano Castro en 1902, sin fundamento jurídico,⁷⁰³ se reusó a pagar la deuda contraída con países extranjeros. Inglaterra, Alemania e Italia bloquearon sus costas como medida coercitiva, en búsqueda de hacer cumplir las obligaciones existentes. A criterio de Drago, U.S. debía intervenir en abierta defensa de Venezuela y no en calidad de medidor como efectivamente lo hizo. El impase se solucionó con el compromiso de que Venezuela pagaría su deuda paulatinamente en base a sus ingresos aduaneros.

En definitiva, la postura Drago fue más una reacción política de rechazo a U.S. que una doctrina jurídica valedera de forma general en litigios internacionales, que se

⁷⁰¹ Desarrollada por el autor argentino Carlos Calvo (1824-1906).

⁷⁰² Atribuida al Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina Luis María Drago (1859 - 1921).

⁷⁰³ El caso dista de la decisión de Estados Unidos de no pagar la deuda contraída por los Estados Confederados, luego de la guerra civil, por considerarla ilegítima.

Tal decisión consta en la Enmienda XIV a la Constitución (1868), que puntualmente expresa: “Pero ni los Estados Unidos ni ningún Estado asumirán ni pagarán deuda u obligación alguna contraídas para *ayuda de insurrecciones o rebeliones contra los Estados Unidos*, como tampoco reclamación alguna con motivo de la pérdida o emancipación de esclavos, pues todas las deudas, obligaciones y reclamaciones de esa especie se considerarán ilegales y nulas.” (texto original sin resaltar)

fundamentaba en la idea de que ningún Estado extranjero podía emplear la fuerza contra una nación americana con el propósito de cobrar una deuda financiera.

Si bien el análisis de deuda pública desborda la presente investigación, debe destacarse que su importancia política es fundamental. Sin financiamiento externo la independencia de América no hubiera tenido lugar, como tampoco las grandes batallas y guerras que la historia ha registrado, aunque en la práctica, los efectivos ganadores de las guerras hayan sido sus financistas.

1.3. Doctrina Estrada.

La doctrina Estrada⁷⁰⁴ establece que a ningún país extranjero le corresponde calificar la legalidad o legitimidad de un gobierno, más aún cuando este haya llegado al poder por las armas o por procesos revolucionarios. Ignorando toda violación al derecho internacional, la comunidad internacional debería integrar a gobiernos deslegitimados. Dicha postura política es diametralmente opuesta a la desarrollada por el escritor ecuatoriano Carlos Tobar.

1.4. Doctrina Tobar,

La doctrina Tobar⁷⁰⁵ sostiene que los gobiernos legítimos se deben un reconocimiento mutuo. *Contrario sensu*, un gobierno legítimo no debe conceder reconocimiento a un régimen que haya tomado el poder por el imperio de la fuerza en menoscabo de la racionalidad, moralidad y el derecho.

En un concierto internacional de respeto a los derechos humanos y obligaciones internacionales mínimas, la doctrina Estrada es abiertamente obsoleta. Ningún tribunal internacional, incluido los que juzgaron los crímenes del sistema Nazi, hubieran podido constituirse bajo su prevalencia dogmática, que es incapaz de negar legitimidad. El tema de no intervención dista de reconocer o auspiciar a gobiernos ilegítimos violadores de derecho humanos y estándares de derecho internacional.

⁷⁰⁴ En referencia al autor mexicano Genaro Estrada Félix (1887 – 1937)

⁷⁰⁵ Carlos Rodolfo Tobar y Guarderas (1853-1920).

El tema de la inmunidad de jurisdicción de las fuerzas armadas visitantes en territorios extranjeros sigue siendo evaluado de manera integral durante las últimas décadas, a la luz de la práctica internacional, a diferencia de la inmunidad diplomática que siempre ha estado bajo constante escrutinio.⁷⁰⁶

En relación con la gran cantidad de actividades militares que tienen que realizarse a través de empresas privadas, el tema de la conducta de los contratistas del ejército⁷⁰⁷ o de otras instrumentalidades del Estado, es algo que ha entrado en la discusión sobre la responsabilidad internacional.

Las teorías del contrato administrativo⁷⁰⁸ o delegación⁷⁰⁹ podrían tener cierta relevancia en el derecho local para explicar el fenómeno en el ámbito interno, en tanto que, en la esfera del derecho internacional consuetudinario, aquello no tiene relevancia, más aún si el tema se discute en un ámbito anglosajón.

2. NOCIÓN EVOLUTIVA DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA.

A más de un sinnúmero de consideraciones políticas, sociales, económicas, etc., la noción de soberanía representa la posibilidad de que un Estado pueda normarse y gobernarse internamente. En tal sentido, las autoridades públicas deben obedecer el derecho instaurado.

La idea de soberanía y poder público es precedente a la creación de todo Estado. Hablar sobre soberanía es una tarea interminable, ya que aborda directa o indirectamente toda la historia de la humanidad, sin que se limite a cuestiones jurídicas, sino que, por el contrario, puede ser analizado a la luz de múltiples disciplinas.

⁷⁰⁶ Respecto de la OTAN- NATO, existe la jurisdicción de inmunidades que tienen las Fuerzas Armadas visitantes.

⁷⁰⁷ Jenny Lam, "Accountability for Private Military Contractors Under the Alien Tort Statute", *California Law Review*, 97(5), California, 2009, Págs. 1459-1499.

⁷⁰⁸ El COA en su Art. 125 regula al contrato administrativo como un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, bajo el poder de una función administrativa. La expresada "función administrativa" hace mención a las potestades exorbitantes y privilegios unilaterales de la administración pública, que en Ecuador se ejercen a la usanza francesa.

⁷⁰⁹ Cabe destacar que, el Art. 69 de COA establece que los órganos administrativos pueden delegar el ejercicio de sus competencias, incluida la de gestión en otros órganos o entidades de la misma administración pública, jerárquicamente dependientes. Además, se entiende que la delegación de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia.

Pese a la referida amplitud y complejidad del término, el moderno concepto de soberanía descansa sobre la llamada “soberanía estatal” consolidada en Westfalia, donde se entiende que el poder de un Estado no es superior a otro. Se plantea así una igualdad participativa en el orden internacional, que no limita el ejercicio político o constitucional interno; y cuya actividad no regulada⁷¹⁰ afecta directamente las relaciones internacionales.

La llamada “Paz de Westfalia”, permitió poner fin a la guerra de los Treinta Años y a la guerra de los Ochenta Años, en las que intervinieron directa e indirectamente todas las potencias europeas de la época. Con los dos tratados de paz de Osnabrück⁷¹¹ y Münster,⁷¹² suscritos el 24 de octubre de 1648 en Westfalia, se dio inicio a un nuevo esquema de relaciones internacionales que a su vez dio lugar al actual orden diplomático, desarrollado sin mayores cambios.

Antes de Westfalia prevaleció el principio del poder soberano sobre la idea de que la confesión religiosa y cualidades personales del gobernante deben ser impuestas y obedecidas (*cuius regio, eius religio*). La integridad territorial y la propiedad del gobernante se sometía a la regla *reservatum ecclesiasticum*, donde no existe una noción de cosa pública, sino una extensión de la personalidad del gobernante a temas patrimoniales del Estado. El denominado “Treaty of Augsburg”⁷¹³ establecía que el pueblo debía someterse al soberano, y seguir sus creencias y dictados, con la posibilidad de poder ir a otro territorio fuera de su poder, en caso de no comulgar con sus ideas.

Si bien Westfalia ligó la noción de “soberanía” al poder soberano igualitario de cada Estado, no expresó que la soberanía radicaba en el pueblo, como lo hizo la revolución

⁷¹⁰ “Positive law, as understood by lawyers, is only one facet of the activity of government in the modern state. Indeed this is merely the expression of a deeper reality to Loughlin: man cannot be corralled by positive laws alone. Man is a political creature and must be so in order to tame the conflicts inherent in his species. Political management of these conflicts cannot be achieved through morality, which is distinct and separate. The representation of the political will of the people is the state and its existence is dependent upon this variable political base. The sovereign is the representation of the state, and thus of the people; in her public capacity she has sovereign power, including executive discretion; she is above positive law, as that law is but one part of sovereignty. Sovereignty flows from the relationship between sovereign and subject, between state and people.” Sobre el tema ver: Douglas Guilfoyle, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. By Gerry Simpson, Cambridge University Press, XIX, Cambridge, 2015, Pág. 503.

⁷¹¹ Treaty of Osnabrück, 1648.

⁷¹² Treaty of Münster, 1648.

⁷¹³ Treaty of Augsburg, 1555.

americana en Estado Unidos, al utilizar la expresión “nosotros el pueblo”/ *we the people*.⁷¹⁴

La expresión “people” es extremadamente difusa, sin embargo, bajo una concepción *contrario sensu* denota la inexistencia de una figura personal que encarna la soberanía pública, la cual no es personalista ni subordinada a dinastías.

Pese a que un gran número de Constituciones en el mundo, incluidas la C.E.,⁷¹⁵ establece que la soberanía radica en el pueblo, es evidente que los actos de gobierno no pueden ser atribuidos al pueblo. Las decisiones tomadas en base a consulta popular son excepcionales, y no tratan sobre el ejercicio de atribuciones. Incluso cuando media una consulta popular el poder de propaganda es tan grande que el pueblo decide sobre un evidente error, confiando en meras expectativas y desconociendo el sentido esencial de la reforma jurídica.

Las condenas internacionales sobre responsabilidad del Estado no son dadas en contra del pueblo, aunque en *ultima ratio* efectivamente es el pueblo el que paga las consecuencias de actos reparatorios, ya que con impuestos se financia el erario nacional. Además, los actos públicos de un mal gobierno se traducen en postración, pobreza y descomposición social.

En el contexto internacional, pese a que Westfalia sienta la noción de igualdad, la intervención de potencias en temas locales ha sido indiscutible, creando presiones en aras de fortalecer sus intereses. Cuando se analiza el “poder tras el poder” puede verse que bandos políticamente antagónicos son auspiciados en muchos casos por una misma fuerza superior.

Desde conspiraciones hasta enfrentamientos armados, el liderazgo mundial ha estado confrontado en búsqueda de establecer nuevos ordenes, donde destacan el poder primigenio y los subordinados. Con razón práctica y sin razón moral, se ha entendido que las tiranías perennes otorgan más estabilidad a las relaciones internacionales.

Algunos autores consideran que la efectiva vigencia de Westfalia recién ha tenido lugar luego del fin de la guerra fría,⁷¹⁶ sin embargo, aquello es discutible, ya que, si la igualdad

⁷¹⁴ Constitución de Estados Unidos de América, Preámbulo.

⁷¹⁵ C.E., Art. 1.

⁷¹⁶ Sobre el tema ver: Barry Buzan, and Little Richard, “Beyond Westphalia? Capitalism after the ‘Fall’”, *Review of International Studies* 25, no. 5, Cambridge University Press, New York, 1999, Pág. 3.

entre seres humanos es tan difícil de lograr y de entender sin la equidad, respecto de los Estados la dificultad es mayor. Imponer igualdad a los distintos es otra forma de tiranía, ya que una democracia busca la unidad en la diversidad. Imponer igualdad a los diferentes implica sometimiento.

Establecer un sentido de juridicidad sobre la política es un reto permanente, ya que la política utiliza todo medio para lograr objetivos, incluso los violentos como la guerra y la conspiración perfumada con diplomacia. Existen algunos autores que, según su entender, consideran que la guerra no es más que la continuación de la política, entre otros destaca Carl P. Gottlieb von Clausewitz (1792-1831) y su tratado sobre la guerra.⁷¹⁷

Igualmente, racionalizar la diplomacia, subordinándola al imperio del derecho y la ética, es otro tema que pretende el respeto efectivo al principio de igualdad soberana, en base a una juridicidad mínima.

La amenaza y la coacción, pese a ser jurídicamente inadmisibles, han sido elementos permanentes en las relaciones internacionales, así se ha expresado: “Military victory was but the price of admission. The payoff depended upon the successful threat of violence.”⁷¹⁸

Pese a la evolución de la ciencia del Estado y la indiscutible noción de que el Estado se compone por población, territorio y poder, el significado del Estado sigue rodeado de enigmas. La figura del poder político es tan enigmática como la pregunta de ¿quién entregó al ser humano el alfabeto, los números, la noción de dinero, etc.?.

El ciudadano que en teoría es el mandante, ostentador de la soberanía, en la práctica es el súbdito obligado a obedecer bajo amenaza y sanción. El mandatario, que en teoría debería ser el que ejecuta algo en nombre del ostentador de la facultad primigenia, en la práctica es el gobernante investido de privilegios e inmunidades unilaterales, que impone por la fuerza y presunciones de legalidad los dictados que considera adecuados a sus intereses. Una camuflada adaptación del antiguo principio de que el pueblo debe obedecer los dictados del soberano, pues en la práctica el soberano es quien ejerce el poder.

⁷¹⁷ Título original de la obra: Vom Kriege, 1832.

⁷¹⁸ Thomas C. Schelling, “The Diplomacy of Violence”, en *Arms and Influence*, Yale University Press, Connecticut, 1966, Pág. 13.

La noción de “Estado Nación”, y la identidad del poder con el control de un territorio y la integridad territorial se sustentan en el principio de soberanía. La ley en tal sentido sería la manifestación de voluntad soberana.⁷¹⁹ La vigencia territorial de la ley, como manifestación soberana de poder, grafica los límites y alcances de la noción. En tal sentido, un Estado no podría ser juzgado por otro, ya que carecería de facultades o poderes extraterritoriales.⁷²⁰ La aplicación de la ley extranjera en asuntos privados es de carácter excepcional, en virtud de que el derecho público es primigeniamente territorial.

Los conflictos de leyes representan una alta dificultad teórica que en muchos casos no tienen resolución factible, como en el evento del reenvío circular del DIPr. Aunque la capacidad y estado civil siguen a la persona como “la sombra al cuerpo”,⁷²¹ en la práctica es indiscutible que el extranjero, ya sea directamente o a través de asociaciones o empresas, se somete al poder soberano del Estado donde se encuentra. La máxima expresión de aquello consta respecto de las normas de policía u orden público.

No es cuestionable el hecho de que si la noción de soberanía implica un principio jurídico de valores esenciales o si, por el contrario, es un elemento de concepción política que no es absoluto, sino que se adapta a las circunstancias, interés y coyunturas.⁷²² En extremo el concepto incluso puede ser ambiguo.

El esfuerzo jurídico por limitar los ímpetus políticos ha tenido mayor relevancia histórica, sin embargo, todavía se está muy lejos de considerar a la soberanía dentro del ámbito estrictamente legal. En muchas latitudes, el derecho es instrumento servil de la política.

La subordinación de la política al derecho es esencial. De este modo, puede decirse que la soberanía: “es la expresión no de una autoridad sin límites, sino de un poder ordenado legalmente. Desde un punto de vista jurídico, la soberanía aparece desmitificada y menos

⁷¹⁹ Dicha expresión es utilizada por Andrés Bello (1781- 1865) en la redacción de su Código Civil, vigente en Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Colombia y Panamá. El Título Preliminar del C.C. instituye un conjunto de normas y preceptos que no se limitan a la materia privada sino, por el contrario, son el fundamento de la vigencia y aplicación de la ley en su conjunto. En Ecuador, las antinomias y conflictos de leyes en toda materia han sido resueltas por dicho Título. El texto de Andrés Bello expresa: “Art. 1. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.”

⁷²⁰ Tema tratado en extenso en Capítulo IV.

⁷²¹ Tradicional aforismo del derecho internacional privado.

⁷²² Esta última noción es sostenida por los integracionistas para quienes la soberanía local debe limitarse o subordinarse a soberanías comunitarias. La defensa o ataque al “Estado-Nación”, tiene un rol justificativo al respecto.

demoníaca, menos tremenda, menos monstruosa pero no por ello de menor importancia, pues es literalmente decisiva.”⁷²³

Ahondar sobre la ontología y epistemología del concepto de soberanía desborda la presente investigación, no obstante, debe advertirse la separación necesaria que tiene que existir entre fundamentos jurídicos e intereses políticos, como elemento sustancial para el establecimiento de un sistema coherente de responsabilidad internacional.

El algún momento, todo funcionario público de jerarquía debe preguntarse si la soberanía puede o no instituir excepciones frente al derecho internacional. La relación entre la soberanía y el derecho internacional es difusa y difícil de predecir. Igualmente, conflictiva es la relación entre soberanía, respeto a los derechos humanos, democracia y Estado de derecho.

En América, y en particular América Latina, el sentido histórico de oponerse a poderes imperiales⁷²⁴ ha puesto a la soberanía como antagónico de las relaciones internacionales, un tema de orden público que no guarda subordinación al derecho internacional. El derecho internacional no se opone a la soberanía, por el contrario, la garantiza.

De hecho, varios actos de nacionalización y expropiación,⁷²⁵ e incluso confrontaciones armadas tuvieron como antecedente y motivación el ejercicio de un poder soberano como justificación política. Sin embargo, la noción de soberanía no debería ser opuesta al derecho internacional.

En otro extremo, algunos autores consideran a la soberanía como un pilar del derecho internacional, esto es: “the principle of sovereignty, ie of supreme authority within a

⁷²³ Christian Hillgruber, “Soberanía – La defensa de un Concepto Jurídico”, *Revista InDret*, Barcelona 2009, Pág. 4.

⁷²⁴ La expresión “antiimperialismo” fue utilizada como punta de lanza por el 5 veces presidente de Ecuador, José María Velasco Ibarra, quien no pudo concluir 4 de sus periodos, y es recordado nacionalmente por un sinnúmero de desaciertos que llevaron al país a escenarios innecesarios de postración y convulsión social. Regionalmente fue uno de los precursores a la oposición de las relaciones internacionales. Pese a haber sido un vergonzoso fracaso en lo local, inspiró ideas al exterior.

Entre otros, la expresión fue reproducida por gobernantes latinoamericanos tales como: Juan José Arévalo, Juan Domingo Perón en Argentina, Getúlio Vargas en Brasil, Lázaro Cárdenas del Río en México, Carlos Ibáñez del Campo en Chile, Gustavo Rojas Pinilla en Colombia. El nacionalismo y el populismo llevaron a enfrentar la expresión “soberanía” con escenarios regulatorios de derecho internacional. Posteriormente, en las décadas de 1960, 1970 y 1980, la postura de antiimperialismo fue el fundamento para que grupos armados pretendan acceder al poder político.

⁷²⁵ Tema tratado en el Capítulo III de la presente investigación.

territory, is a pivotal principle of modern international law. What counts as sovereignty depends on the nature and structure of the international legal order and vice-versa.”⁷²⁶

Existe una interesante paradoja, pues buena parte de las instituciones y principios del derecho internacional se basan, directa o indirectamente, en la soberanía del Estado, pero en una esfera de reconocimiento y de no intervención. No han existido intentos estatutarios de limitar o regular la soberanía frente a la prevención de violaciones del derecho internacional o valores jurídicos que puedan generar responsabilidad al Estado.

No es evidente la relación entre las condiciones y atributos del Estado soberano con la doctrina del poder de jurisdicción, inmunidad, privilegios unilaterales y autodeterminación. La soberanía, al igual que la libertad, no puede ser incontrolada, ya que el desborde de una potencialmente afectaría a otra.

El sistema de postguerra creado por la ONU en 1945, fundamenta el valor de la soberanía en la igualdad de sus miembros, para tal efecto se utiliza la expresión de “igualdad soberana”. En la práctica, es evidente que no existen poderes iguales.

Puntualmente, se hace mención al concepto de soberanía en el Art. 2.1 y Art. 78 de la Carta de la ONU, a saber:

- La ONU está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.⁷²⁷
- El régimen de administración fiduciaria no se aplicará a territorios que hayan adquirido la calidad de Miembros de las ONU, cuyas relaciones entre sí se basarán en el respeto al principio de la igualdad soberana.⁷²⁸

La igualdad soberana impone la abstención de intervención extranjera armada,⁷²⁹ como garantía de la jurisdicción interna e inmunidad frente a otros Estados. El principio de igualdad para la membresía y participación de los órganos descritos en el Art. 7⁷³⁰ no dan pautas de la relación que debe tener el poder soberano local con el derecho internacional, y en particular con el respeto al *ius cogens*.

⁷²⁶ Samantha Besson, “Sovereignty”, *Max Planck Encyclopedias of International Law MPIL*, 2011.

⁷²⁷ Carta de la ONU, Art. 2.

⁷²⁸ *Ibidem*, Art. 78.

⁷²⁹ *Ibidem*, Art. 2.4.

⁷³⁰ *Ibidem*, Art. 7.

El significado de soberanía está atado a la historia, no se trata de una construcción conceptual homogénea ya que tiene una dimensión polisémica. En tal sentido, la soberanía es el atributo que otorga poder y privilegios, tanto locales como en el extranjero. La fuente histórica de la soberanía⁷³¹ hace mención a cuestiones sociológicas y de imposición de la fuerza, es relativamente reciente su vinculación con el derecho,⁷³² sin embargo, hasta el día de hoy el poderoso se siente inmune y sobre la ley.

Establecer si la soberanía es absoluta o limitada representa otra dificultad. Aunque se argumente que la soberanía moderna no es absoluta, es su noción la que motiva procesos constituyentes originarios, incontrolados e ilimitados.⁷³³

La noción de soberanía absoluta⁷³⁴ no necesariamente se refiere al absolutismo en oposición al ejercicio democrático o responsable del poder, sino al hecho de que, para mantener un orden internacional, se pretende conservar un *stato quo* sobre manifestaciones primarias de soberanía. Sin embargo, el hecho de que un Estado consienta voluntariamente en restringir su soberanía, al someterse a relaciones o entidades supranacionales, no demuestra una soberanía limitada sino, por el contrario, un ejercicio de su poder, existiendo la posibilidad de que el orden interno o procesos constituyentes lo reviertan.

⁷³¹ El hecho de que el gobernante represente un poder superior impone obediencia a los súbditos. La manifestación efectiva de fuerza, veneración o temor reverencial al gobernante precede a las explicaciones políticas del origen del Estado. En la actualidad, el gobernante debería ser el encargado de la conducción de un gobierno responsable, sin embargo, aquello no es sencillo ya que su rol social y político no ha sido limitado.

⁷³² Aunque los gobiernos democráticos están subordinados a un Estado de derecho, la obligación del gobernante y de los órganos de gobierno de defender la soberanía del Estado es trascendental. La organización del poder público y de la fuerza pública está dada en tal sentido.

⁷³³ Incluso procesos separatistas se dan bajo argumentos de que una nación tiene poder soberano, lo cual es algo suprallegal, de naturaleza política supra-jurídica.

⁷³⁴ Jean Bodin fue uno de los mayores teóricos sobre la soberanía absoluta. “I argue that Bodin, the theorist of absolute sovereignty, was not as hostile to liberal or democratic theories as is often assumed. John Locke recommended Bodin to his students at Christ Church, Oxford. Bodin, as we shall see, insisted that monarchs could not tax their subjects without their consent, a doctrine central to Locke and later to Rousseau and to the American and French revolutionaries. Bodin’s distinction between sovereignty and government, which I shall shortly analyze, anticipated liberal doctrines of the separation of powers and the subordination of the executive to the legislative branch of government, as well as Rousseau’s doctrine of the distinction between a sovereign legislative and an aristocratic executive subordinate to the sovereign people.” Sobre el tema ver: Edward Andrew, “Jean Bodin on Sovereignty”, *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 2, no. 2, Massachusetts, 2011, Pág. 76.

Garantizar, defender y precautelar la soberanía⁷³⁵ es función primigenia del poder público.⁷³⁶ El mantenimiento de la soberanía implica la independencia del Estado, el orden interno, la seguridad pública, la defensa nacional⁷³⁷ e integridad territorial.⁷³⁸ De igual forma, el régimen económico,⁷³⁹ de desarrollo,⁷⁴⁰ alimentario,⁷⁴¹ energético,⁷⁴² de finanzas públicas,⁷⁴³ biodiversidad,⁷⁴⁴ recursos naturales,⁷⁴⁵ integración regional⁷⁴⁶ etc., ha sido vinculado con la soberanía.

Por lo tanto, el tema de la soberanía es un resguardo de los más altos valores que va desde la seguridad y recursos naturales hasta la limitación de firmar tratados internacionales que admitan la posibilidad de resolver disputas a instancias de procedimientos ajenos a las cortes locales.⁷⁴⁷

En Ecuador, la soberanía ha sido el fundamento jurídico para declarar la inconstitucionalidad de tratados internacionales, tal como fue analizado en el Capítulo II de la presente tesis. Principalmente, el concepto es más que una parcelación internacional en territorios y reconocimiento del poder ejercido en cada circunscripción.

La noción de territorio sigue siendo fundamental en derecho internacional, sin embargo, en aras de establecer un sistema coherente de responsabilidad, dicha noción junto con la de soberanía e inmunidad deben replantearse.

La idea de territorio tiene implícito muchas asunciones que no siempre son válidas, reales o jurídicamente útiles. “Is territory a trap? Does the concept of territory trap us into false assumptions of internally homogeneous, externally bounded political communities that

⁷³⁵ En principio, la soberanía radica en el pueblo según el Art.1 de la C.E., no obstante, se reconocen otros niveles de soberanía en referencia a la organización social, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos (Art. 96 *ibidem*).

⁷³⁶ C.E., Art. 3.2.

⁷³⁷ *Ibidem*, Art. 147.17.

⁷³⁸ *Ibidem*, Art. 158.

⁷³⁹ C.E., Art. 283.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, Art. 276.5.

⁷⁴¹ *Ibidem*, Art. 281.

⁷⁴² *Ibidem*, Art. 284.

⁷⁴³ *Ibidem*, Art. 290.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, Art. 400.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, Art. 410.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, Art. 423.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, Art. 422.

exercise uniform sovereignty across their domain? Against the background of debates about territory and the territorial state in international relations, this symposium brings together five contributions in political theory that advance a nuanced and systemic understanding of what territory is. Taken together, they indicate that there is much to the territorial paradigm beyond the modern, sovereign, and territorial state model. There are diverse conceptions of territory, which may be relevant across different legal and political orders.”⁷⁴⁸

Pese al transcurso del tiempo, la soberanía sigue siendo un concepto enigmático, que pretende ser el último reducto de defensa de los intereses nacionales y, en otro extremo, el justificativo para incumplir compromisos internacionales, bajo la noción errada de que por reciprocidad los actos de gobierno son inmunes a toda jurisdicción.

3. CORTES DE ARBITRAJE.

El arbitraje internacional ha tenido una importancia mayúscula en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado. El Ecuador ha adquirido una nutrida y lamentable experiencia en el tema sobre cuestiones que, *prima facie*, no implicaron violaciones al derecho internacional ni tuvieron la categoría de ilícitos.

En principio, el arbitraje no busca un sometimiento político-jurídico de los Estado a un orden externo y superior, sino que, por el contrario, pretende consolidar un terreno de neutralidad y eficiencia. Sin el arbitraje las disputas deberían ser solucionadas *manu militari*, como se lo hacía en antaño, cuestión inadmisibles en el actual derecho internacional.

En Ecuador, el funcionario que somete un contrato o relación internacional a arbitraje asume una gran responsabilidad, la cual es compartida con el Procurador General del Estado que, sobre la base del Art. 190 de la C.E., debe autorizarlo o negarlo.

Históricamente, han existido varias limitantes para que un Estado pueda ser juzgado. En principio, cuando un Estado otorga su consentimiento a arbitrar renuncia legítimamente

⁷⁴⁸ Ayelet Banai; Margaret Moore; David Miller; Cara Nine; & Frank Dietrich, “Symposium ‘Theories of Territory beyond Westphalia’”, *International Theory*, 6(1), Cambridge University Press, Cambridge, 2014, Pág.100.

a todos los privilegios e inmunidades que le asisten en ejercicio de su poder soberano, en concordancia a privilegios de derecho internacional público.

Las conferencias de La Haya, propuestas por el Zar de Rusia Nicolás Segundo,⁷⁴⁹ tenían como eje central la resolución pacífica de controversias, escenario en el cual el arbitraje tenía un rol fundamental. En tal sentido, oponerse al arbitraje en buena parte ha implicado oponerse a la solución pacífica de controversias. Además, someterse a arbitraje no implica someterse a jurisdicción extranjera.

A pesar de que las conferencias de La Haya no lograron pacificar a Europa ni al mundo de aquella época, sin duda alguna sentó las bases para el derecho humanitario. La noción de un naciente derecho humanitario limitó el poder político y estableció nuevos parámetros para entender la responsabilidad internacional del Estado.

Puntualmente, el establecimiento de la CPA representó una evolución en cuanto a la exigencia del cumplimiento de obligaciones contractuales, como el pago de deuda externa,⁷⁵⁰ cuyo reclamo anteriormente podía darse legítimamente bajo parámetros armados (*manu militari*).

De igual modo, el arbitraje ha sido una limitación a la práctica extendida de protección diplomática, históricamente rechazada en América Latina.⁷⁵¹ La necesidad de concretar mecanismos para garantizar la justicia internacional ha estado latente a lo largo de la historia. De hecho, los conceptos de justicia y jurisdicción que deberían estar afinados, en la práctica han tenido senderos distintos.⁷⁵² El arbitraje fue visto como la forma de conciliar en una forma elemental dichas nociones, a través de procedimientos voluntariamente autorizados por las partes.

⁷⁴⁹ “In 1899, Czar Nicolas II took the initiative to convene a peace conference with two core objectives in mind. One was to obtain a reduction of military budgets through some agreed system of disarmament, as the growing rivalry between the great industrialized European empires began to pose a major threat to the international system then existing. At the same time, he sought to reduce the suffering of war, especially by members of the armed and naval forces. The second and parallel objective was to strengthen the systems available for the pacific settlement of international disputes, especially through arbitration. The conference took place in The Hague between 18 May and 29 July 1899 and was attended by twenty-six delegations.” Sobre el tema ver: Freya Baetens, *Hague Conferences (1899, 1907)*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁷⁵⁰ Sobre el tema ver la llamada: “Drago-Porter Convention”.

⁷⁵¹ De este modo destaca la llamada doctrina Calvo, analizada al inicio del presente Capítulo.

⁷⁵² John Collier, and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, *op. cit.*, Pág. 19.

El arbitraje se fundamenta en la autonomía de libertad de las partes, aquello implica la existencia de normas procesales mínimas, considerando que dichas partes acuerdan su propio procedimiento.⁷⁵³ La existencia de normas mínimas han sido vistas al mismo tiempo como una ventaja, así como una debilidad del sistema, en cuanto a predictibilidad.

Igualmente ha tenido una valoración dual e incluso antagónica el hecho de que los procesos de resolución de disputas se den en base a la voluntad de las partes y no sobre una autoridad superior como un Corte.⁷⁵⁴ La existencia de un arbitraje obligatorio y compulsivo terminaría distorsionando o acabando con la propia naturaleza del arbitraje. El arbitraje no sería más que un procedimiento dentro de una ley general o especial adjetiva.

Por su parte, el arbitraje de inversión ha abierto la pregunta recurrente de los funcionarios públicos envueltos en la disputa: ¿dónde consta el compromiso arbitral? En la práctica un tratado internacional implica un arbitraje obligatorio respecto a un sinnúmero de posibles hipótesis.

3.1. Corte Permanente de Arbitraje.

La consolidación de una jurisdicción internacional que pueda juzgar la conducta de los Estados se remonta apenas a unas décadas atrás. Además, su implementación ha sido bastante limitada y con alcances austeros, en razón de que los Estados no han consolidado una verdadera jurisdicción que imponga deberes y conductas, sino la cesión voluntaria y limitada de soberanía para conocer y juzgar una cantidad reducida de hechos o actos.

El arbitraje, por antonomasia, tiene una naturaleza eminentemente privada, de carácter contractual. Sin embargo, la formulación del derecho positivo de carácter público tanto en un nivel local como internacional ha creado una regulación de su práctica cada vez más intensa.

⁷⁵³ Ruth Mackenzie; Cesare Romano, Philippe Sands, and Yuval Shany, Eds. *The Manual on International Courts and Tribunals*. 2d ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, Pág. 34.

⁷⁵⁴ Sobre el tema ver: Cesare Romano, "The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent", *NYU Journal of International Law and Politics* N. 39, New York, 2007, Págs. 791–872.

La CPA no es de carácter privado, por el contrario, se trata de una organización de carácter público intergubernamental,⁷⁵⁵ creada a través de un tratado internacional en el año de 1889.⁷⁵⁶ Su carácter público y político internacional es evidente, ya que el Consejo de Administración se encuentra compuesto por todos los representantes diplomáticos de los Estados Miembros acreditados ante los Países Bajos, lo que otorga pluralidad pero aleja de la noción de un sistema independiente (administrativa y financieramente) de los diversos poderes políticos locales. Un sistema puramente jurídico debe evitar la intromisión política.

En razón de su naturaleza arbitral, la Corte no se ha limitado a conocer arbitrajes entre Estados, sino que también ha administrado procedimientos con diversas combinaciones posibles. Igualmente, la CPA ha administrado arbitrajes de inversión propuestos por particulares contra Estados soberanos.⁷⁵⁷

El hecho de que un Estado sea parte del referido sistema intergubernamental que instituyó a la CPA, no significa que entregue su consentimiento para someterse a su jurisdicción. En cada proceso arbitral deberá realizarse un análisis de carácter previo o conjunto, donde se valore la existencia y validez del consentimiento arbitral de un acuerdo.

La CPA,⁷⁵⁸ desde su creación, ha tenido un funcionamiento continuo hasta la actualidad. Dicho lapso es mayor en comparación a la labor que han tenido en conjunto la Corte Permanente de Justicia y la CIJ. Por esta misma razón temporal la CPA no es parte del sistema de la ONU, ya que la precede con décadas. No obstante, es miembro observador de la organización.

3.2. El CIADI.

⁷⁵⁵ Dicho carácter intergubernamental destaca en el nombramiento de los árbitros o sus listas por parte de mecanismos políticos de derecho internacional público. La lista de las nominaciones realizadas por cada país puede ser vista en: <https://pca-cpa.org/en/about/structure/members-of-the-court/>

⁷⁵⁶ Sobre el tema ver: Conferencia de La Haya de 1899.

“The two Conventions combined currently comprise 107 States Parties.2 Quite a large group of States Parties are only party to the 1907 Convention. Most original States Parties to the 1899 Convention subsequently became party to the 1907 Convention but somewhat surprisingly, as the 1907 Convention constitutes the revision of the earlier Convention, a significant minority of the original States Parties never did”. Sobre el tema ver: Jacomijn J. Van Haersolte-van Hof, “The Revitalization of The Permanent Court of Arbitration”, *Netherlands International Law Review* 54(2), The Hague, 2007, Pág. 396.

⁷⁵⁷ Debe anotarse que, en los casos internacionales de arbitraje de inversión, usualmente la CPA brinda soporte de Secretaría, ya que los procesos tienen una naturaleza ad hoc.

⁷⁵⁸ Sobre la organización ver: <https://pca-cpa.org/es/about/>

A pesar de que el sistema de arbitraje CIADI (ICSID)⁷⁵⁹ debería tener similitudes con la estructura histórica de la CPA, sus diferencias son grandes. Técnicamente son dos cosas abiertamente distintas, a pesar de estar ligadas a organizaciones intergubernamentales. Por lo tanto, el CIADI y la PCA en la práctica no tienen paralelo.

El CIADI fue instituido por la llamada Convención de Washington⁷⁶⁰ en la década los años sesenta del siglo XX. Es una institución del BM.⁷⁶¹ A pesar de que el BM no decide directamente las disputas ni nombra a los árbitros en cada caso, las críticas a que el CIADI tenga nexos con dicha organización ha abierto permanentes debates. Si bien dichas críticas a la integridad del CIADI son mundiales, sin embargo, mayoritariamente han provenido de vertientes latinoamericanas.

En cuanto a adscripciones, mientras el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) tiene 189 países miembros, el CIADI tiene apenas 154. Aquello evidencia, entre otros puntos, que el sistema de resolución de disputas de inversión no tiene la misma acogida que otras agencias del BM.

En parte, el hecho de que el CIADI tenga menos miembros que otras dependencias del BM, se debe a la denuncia realizada por países latinoamericanos, entre otras causas. Pese a las críticas dadas con severidad en el ámbito latinoamericano y de las oposiciones políticas e ideológicas que el organismo despierta, es evidente que su estructura única y *sui generis* implicó una innovación en el derecho internacional.

La arquitectura del CIADI no obedece a avances doctrinales o jurisprudenciales, por el contrario, fue la creación del consultor del BM Aron Broches, en aras de encontrar soluciones eficientes a las disputas internacionales en materia de inversión.⁷⁶²

⁷⁵⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C.

⁷⁶⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965.

⁷⁶¹ El BM fue creado en 1944 sobre la base del Acuerdo de Bretton Woods, que estableció una estructura financiera mundial de postguerra.

⁷⁶² “El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio). El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el BM). El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos sometieron el Convenio, con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Al 10 de abril de 2006, 143 países habían ratificado el Convenio para convertirse en Estados miembros.” Sobre el tema ver:

Cabe anotar que la propuesta realizada en torno al CIADI no ha sido la única, ya que luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial el tema de expropiación, afectaciones e intereses extranjeros referidos a asuntos comerciales y de inversión estuvo bajo análisis de expertos jurídicos y técnicos financieros. Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos⁷⁶³ en la década de 1960 realizó esfuerzos para lograr un acuerdo internacional que pudiera dar mecanismos efectivos de protección a la propiedad extranjera.

Al respecto, la expresión propiedad jurídicamente es más sólida que la de inversión, que no ha sido definida por el derecho internacional.⁷⁶⁴ Esta falta de definición ha abonado las críticas que tiene el sistema, ya que en muchos casos se torna impredecible.

El esfuerzo creativo para lograr un sistema nunca antes existente en el mundo, que permite a los Estados ser demandados directamente por personas naturales o por empresas extranjeras, ha sido admirado y criticado. No obstante, es clara e indisputable su autoría: “Mr. Broches suggested in his 1967 address, ‘to substitute these procedures, at least on an optional basis, for those provided in these treaties.’”⁷⁶⁵

El CIADI ha sido acreedor de un rechazo que ha permitido adaptar las teorías latinoamericanas de oposición a jurisdicción extranjera, cuestiones que en principio son distintas, y que además en la época ni siquiera fueron previstas o imaginadas. Interesantemente, el CIADI y sus funcionarios han capitalizado todo el rechazo al sistema de resolución internacional de disputas de inversiones.

Si bien este organismo tiene un rol importante, apenas es una parte integrante del sistema, el cual es mucho mayor.⁷⁶⁶ Epistemológicamente, no se entiende la razón por la cual otras instituciones arbitrales no han sido objeto de tal rechazo. Entre otros argumentos, a criterio de sus detractores, se ha sostenido que el arbitraje internacional de inversiones indebidamente toma atribuciones del derecho público otorgadas al Estado y su gobierno.

Introducción al Convenio CIADI. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

⁷⁶³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)- Entidad de cooperación internacional, actualmente compuesto por 51 estados. Sobre el tema ver: <http://www.oecd.org/>

⁷⁶⁴ Aman Prasad, *Salini Criteria: A Strict-Deductive Approach Against the Principles of Article 25 ICSID*, June 30, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3639087> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3639087>

⁷⁶⁵ Antonio R. Parra, *Establishing ICSID: an idea that was ‘in the air’*, History of ICSID, The History of ICSID, Oxford Blog, 2015. Disponible en: <https://blog.oup.com/2015/09/history-of-icsid-law/>

⁷⁶⁶ Tema visto en amplitud en el Capítulo III.

Así, por ejemplo: “In international investment disputes multinational companies can sue governments if the government has done something that the multinational considered harmful to its profits. For example, tobacco giant Philip Morris is suing Uruguay and Australia because they introduced compulsory health warnings on cigarette packets. Energy company Vattenfall is suing Germany because the country decided to phase out nuclear energy.”⁷⁶⁷

Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) denunciaron el Convenio del CIADI, como manifestación de rechazo al sistema, pero también como medio de no seguir intervenido en los procesos llevados bajo su conducción y jurisdicción.⁷⁶⁸ Ecuador ha sido el único Estado en el mundo en reprochar el sistema sobre la base de argumentaciones constitucionales y regresar al mismo con anuencia de la CrCE.⁷⁶⁹

Técnicamente resulta importante tener en cuenta que la denuncia al Convenio del CIADI no resta *per se* jurisdicción al centro arbitral. El acuerdo de sometimiento a arbitraje no consta ni en el Convenio ni en las Reglas,⁷⁷⁰ sino en TBIs que prevén dicho acuerdo compromisorio. Además de los TBIs, existen tratados internacionales multilaterales, como el Convenio Internacional sobre la Carta de Energía,⁷⁷¹ sobre la cual España⁷⁷² ha recibido múltiples demandas, por ejemplo, sin contar los tratados de libre comercio, considerando, adicionalmente, que un contrato también puede ser fuente de sometimiento.

Si los Estados denuncian el Convenio del CIADI, podrían igualmente seguir siendo demandados si los tratados internacionales o contratos de inversión hacen referencia a tal

⁷⁶⁷ Cecilia Olivet, and Pia Eberhardt, *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, Amsterdam, 2012, Pág. 11.

⁷⁶⁸ Sobre el tema ver: REUTERS, Venezuela sale de CIADI en Medio de Polémica, 26 de enero, 2012. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2012/01/26/1/1361/venezuela-sale-ciadi-medio-polemica.html>

⁷⁶⁹ Tema visto en el Capítulo I, punto 6.

⁷⁷⁰ Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, 2005. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-convenio>

⁷⁷¹ Energy Charter Treaty (ECT), 1991. Disponible en: <https://www.energycharter.org/>

⁷⁷² Según información de octubre de 2020, en la base de datos de la UNCTAD consta que España tiene 52 casos de arbitraje de inversión propuestos en su contra como estado demandado; frente a 57 casos en los que sus nacionales han propuesto demandas contra Estados extranjeros. Aquello quiere decir que, por lo menos numéricamente, a pesar de la alta cantidad de demandas en su contra, el sistema le ha sido favorable. A lo mencionado se suma el hecho de que la gran mayoría de demandas están pendientes de resolución con lo cual el monto de las condenas efectivas no refleja el número de casos. Información disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain>

institución. Aun incluso bajo la hipótesis de que se denuncien todos los tratados de inversión,⁷⁷³ aquellos tienen cláusulas de supervivencia que permiten seguir activando el sistema de resolución de disputas, usualmente entre 5 a 15 años.

Por otro lado, a través del llamado “mecanismo complementario”, el centro puede administrar procedimientos que no corresponderían a su jurisdicción originaria, así pues, se trata de un mecanismo que abre interesantes inquietudes conceptuales. “El Mecanismo Complementario del CIADI fue creado el 27 de septiembre de 1978. Ofrece servicios de arbitraje, conciliación y comprobación de hechos para ciertas diferencias que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos servicios son los siguientes: arbitraje o conciliación de diferencias relativas a inversiones entre un Estado y un nacional extranjero, uno de los cuales no es un Estado Miembro del CIADI o un nacional de un Estado miembro del CIADI; arbitraje o conciliación de diferencias relativas a inversiones que no surjan directamente de una inversión entre un Estado y un nacional extranjero, y donde al menos uno de los cuales sea un Estado Miembro del CIADI o un nacional de un Estado miembro del CIADI; y procedimientos de comprobación de hechos iniciados por cualquier Estado o nacional de cualquier Estado.”⁷⁷⁴

Cabe entonces la pregunta sobre qué funciones realiza efectivamente el CIADI para que haya despertado tantas reacciones adversas a su existencia. Al respecto, “De conformidad con las disposiciones del Convenio, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. Se complementaron las disposiciones del Convenio del CIADI mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el Artículo 6(1)(a)-(c) del Convenio (Reglamento y Reglas del CIADI). El Reglamento y las Reglas del CIADI incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero; las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación); las Reglas

⁷⁷³ Como se ha anotado oportunamente en la presente investigación, esa hipótesis extrema de denunciar todos los convenios internacionales que contienen disposiciones referidas a resolución alternativa de disputas en materia de inversión fue verificada en el caso de Ecuador.

⁷⁷⁴ Sobre el tema ver: Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, 1978. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/reglamento-mecanismo-complementario#:~:text=El%20Mecanismo%20Complementario%20del%20CIADI%20fue%20creado%20el%2027%20de,aplicaci%C3%B3n%20del%20Convenio%20del%20CIADI>.

Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación); y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje). Las últimas enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro entraron en vigor el 10 de abril de 2006.”⁷⁷⁵

En principio, las facultades y atribuciones del centro de resolución de disputas en materia de inversiones del CIADI se miran básicas y comunes a cualquier centro que tenga esa naturaleza. Incluso, si la propuesta de Ecuador, Bolivia y Venezuela de lograr la conformación de un centro de arbitraje en materia de inversiones dentro del seno de UNASUR⁷⁷⁶ se hubiese concretado, operativamente no hubiera diferido ampliamente en facultades.

A pesar de la escasa aceptación que ha tenido el CIADI en Latinoamérica y particularmente por la República del Ecuador, cabe señalar que en los procedimientos arbitrales se disponía la aplicación de la ley local, lo cual constituye una evidente ventaja frente a otros tipos de disputas en donde la ley sustancial aplicable es distinta. Por principio, en ningún contrato administrativo, concesión de obra pública u otro acto administrativo, se establece el sometimiento a jurisdicción extranjera.

En el texto del Convenio del CIADI se expresa: (1) “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de DIPr, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.”⁷⁷⁷

Cabe reiterar que la República del Ecuador en ningún caso ha pactado o consentido aplicar una ley extranjera en la resolución de sus disputas internacionales de inversión, a pesar de que existe la posibilidad para hacerlo, según las disposiciones legales locales que establecen autorización previa del Procurador General del Estado.⁷⁷⁸ Se entiende que el

⁷⁷⁵ Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

⁷⁷⁶ Organización internacional que actualmente no se encuentra activa. Creada bajo el Tratado Constitutivo de UNASUR, firmado el 23 de mayo de 2008.

⁷⁷⁷ Convenio del CIADI, Art. 42.

⁷⁷⁸ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Disposición General Quinta. En concordancia con la referida Disposición General Quinta se expidió el “Instructivo para Solicitar al Procurador General del Estado, Autorización para el Sometimiento a Arbitraje Nacional, Internacional, Ley y Jurisdicción

sentido de esta norma hace mención al posible sometimiento a cortes extranjeras, en referencia a disputas de impago de acreencias, lo cual no es aplicable al arbitraje internacional de inversión, sin perjuicio de la institución conocida como *fork in the road*, que permite a elección del inversionista, acudir a la justicia local o reclamos internacionales.

4. DISPUTAS COMERCIALES Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC).

El sistema de disputas comerciales (arancelarias, paraarancelarias, cuotas) difiere de los arbitrajes internacionales, sean comerciales o de inversión, así, los laudos pasan en autoridad de cosa juzgada e imponen el cumplimiento de obligaciones que deben cumplir obligadamente las partes.

El tema de la responsabilidad internacional del Estado en cuestiones comerciales tiene una connotación y raigambre importante. De hecho, el comercio que parecería simplemente referirse a intercambios sobre una actividad productiva u otras índole similar, históricamente ha estado vinculado al poder político, tanto en la esfera local como internacional. Del comercio internacional depende la existencia de saldos positivos en la balanza de pagos, que se reflejan en la salud y estabilidad macroeconómica del país.

Un Estado, a través de su política económica, puede mejorar, deteriorar o eliminar relaciones diplomáticas con otros Estados o gobiernos. Resultaría prácticamente interminable relacionar todas las confrontaciones bélicas existentes a lo largo de la historia de la humanidad con intereses económicos, financieros y comerciales.

Actualmente, los gobernantes y los representantes de entidades públicas o sus instrumentalidades son potencialmente responsables internacionalmente por eventuales incumplimientos que hacen referencia al comercio internacional.

Extranjeras.” El citado instructivo en su Art. 1 expresa que las instituciones públicas detalladas en el Art. 225 de la C.E. requieren autorización del Procurador General del Estado, en forma previa al sometimiento a arbitraje, ley y jurisdicción extranjeras, en los siguientes casos:

- a) Contratos derivados de la aplicación de la LOSNCP, incluyendo contratos financiados con préstamos internacionales;
- b) Contratos que opten por arbitraje internacional, incluidos los suscritos en el exterior; y,
- c) Contratos celebrados con gobiernos o entidades privadas extranjeras en los que haya sometimiento a jurisdicción extranjera.

A diferencia de la determinación de responsabilidad en el ámbito *ius privatista* donde se establecería, por ejemplo, responsabilidad ante el incumplimiento de un contrato, en el ámbito de las relaciones entre Estados aquello no existiría. Dicho de otro modo, si un Estado contempla trabas o impedimentos, así como aranceles o cuotas al comercio internacional, no habrá una sanción con efecto de cosa juzgada formal y material.⁷⁷⁹ En este caso, las sanciones o retaliaciones pueden ser retiradas, modificadas o impuestas nuevamente por actos similares, así por ejemplo, no existirá cosa juzgada en escaladas de aranceles comerciales entre Estados, relativas a trabas arancelarias, paraarancelarias y cuotas al comercio.

De igual forma, tampoco rige el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces sobre el mismo hecho,⁷⁸⁰ ya que las prácticas comerciales indebidas (arancelarias, paraarancelarias y cuotas), respecto al mismo hecho, pueden ser juzgadas a la luz de distintas circunstancias y tiempo.

En último caso, la peor y definitiva sanción está en la expulsión de un Estado o gobierno del sistema comercial y financiero internacional, lo que se traduce en un eventual aislamiento, el cual tiene un efecto paradójico pues, si bien por una parte afianza su poder y autonomía política, por otro lado, acarrea consecuencias deficitarias frente a la producción y el consumo, lo que degenera en una mayor pobreza. Aquello es usual en organizaciones supranacionales que pretenden una integración comercial, así como evitar la ocurrencia de prácticas antijurídicas que puedan afectar al desarrollo del comercio internacional.

A diferencia de violaciones puntuales a los derechos humanos o determinación de responsabilidad por el incumplimiento de un tratado, contrato o compromiso internacional, que tienen efectos específicos sobre individuos en particular, la

⁷⁷⁹ “Ahora, frente a la pregunta ¿cuál es el valor jurídico del *principio de la cosa juzgada* o *res judicata* en los conflictos entre jurisdicciones de la OMC y los TLC? Aquí nuevamente se encuentran, parafraseando al profesor Zapatero, ‘respuestas relativas’. Desde la perspectiva del Derecho de la OMC, técnicamente es poco probable que se aplique el *principio de la cosa juzgada* en un conflicto jurisdiccional con los TLC bajo estudio. De hecho, los órganos resolutorios de la OMC solamente han utilizado este principio cuando la decisión anterior es de un Grupo Especial o del Órgano de Apelación de la OMC, teniendo en cuenta además que se trate de las mismas partes o *ratione personae*, las mismas medidas concretas en litigio y los mismos fundamentos jurídicos o *ratione materiae*.” Sobre el tema ver: Julián Tole M., “Prácticas de el forum shopping entre la OMC y los TLC: El valor del principio de la cosa juzgada en la solución de controversias”, *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, 2526-0774, Vol. 02, N° 01, Minas Gerais, Ago-Jan 2018, Pág. 174.

⁷⁸⁰ Sobre el tema ver: Cosa juzgada en disputas ante la OMC.

responsabilidad por actos de comercio afecta a toda la sociedad en general, de forma difusa en muchos casos. Adicionalmente, mientras que en el primer caso la cuantía indemnizatoria está determinada sobre montos específicos, las tensiones económicas, aun cuando aparentemente pueden ser cuantificables, tienen efectos generales sobre la sociedad que difícilmente pueden ser objeto de un análisis cualitativo y cuantitativo, ya que su afectación es mayúscula y distribuida entre todos.

4.1. El Comercio y las Relaciones Internacionales.

Ecuador ha tenido una política ambivalente sobre el comercio que ha dependido de los intereses gubernativos de cada régimen. Paradójicamente, a pesar de necesitar del comercio y de la inversión para equilibrar su balanza de pagos (sector externo de la economía) y mejorar la estabilidad del país, ha sido uno de los mayores críticos a la apertura comercial, principalmente a partir del 2008, año en el cual los TBIs han sido expulsados paulatinamente del ordenamiento jurídico interno. Así, destaca entre otros el hecho de no firmar el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea ni con Estados Unidos de América que fueron suscritos en el marco de la CAN, dejando al país en abierta desventaja competitiva con Colombia y Perú, sin justificación racional aparente.

Pese a que la no firma de los tratados de libre comercio en el marco de la CAN ha perjudicado al país, no se han determinado responsabilidades a quienes se opusieron en su momento, afectando al interés general.

Históricamente, el comercio internacional ha sido esencial para la consolidación de las relaciones internacionales. El derecho comercial internacional, a través de la *lex mercatoria*,⁷⁸¹ precede ampliamente las regulaciones y codificaciones sobre responsabilidad internacional del Estado. El comercio temporalmente incluso precede ampliamente al concepto de Estado y Nación.⁷⁸²

El comercio internacional es una necesidad, tanto en un ámbito macroeconómico hasta en factores de bienestar y consumo personal. Lo dicho además dentro de un análisis de

⁷⁸¹ Temas de *lex mercatoria*, como los Incoterms, siendo meramente costumbre internacional han sido incorporados por el derecho público local, principalmente en asuntos tributarios y aduaneros.

⁷⁸² Después de un análisis histórico del origen del comercio, es evidente que internacionalmente la *lex mercatoria* es la semilla sobre la cual se construye buena parte de la teoría *ius privatista* internacional.

doble vía, ya que sin comercio no existe abastecimiento y la posibilidad de satisfacer las necesidades básicas. Sin comercio sería imposible colocar el excedente de productos o servicios de una sociedad o grupo en particular y originar así ingresos económicos, trabajo y el pago de tributos.

Existen tendencias políticas opuestas a la integración de la libertad económica. El reflejo jurídico de tales doctrinas se traduce en el aislamiento económico, pero además en la negación de mecanismos jurídicos internacionales que puedan determinar responsabilidad internacional del Estado en temas comerciales y de inversión.

El comercio internacional tiene dos dimensiones claras, una privada y otra pública:

- La primera referida a cuestiones y *ius privatistas* que regulan propiamente todas las relaciones de trabajo, transporte, inversión, comercio, producción, financiamiento, seguros, etc. En este ámbito, el eje central son los contratos internacionales que despiertan un interés importante al DIPr.

La autonomía de la voluntad de las partes es el elemento principal de la contratación internacional, sin perjuicio de los límites referentes a leyes mandatorias, de policía u orden público.

La gran mayoría de Estados no ha sido hostil a la armonización de contratos internacionales,⁷⁸³ sin embargo, sus resultados han sido muy incipientes ya que ni siquiera la palabra contrato tiene una acepción uniforme con diversos sistemas jurídicos. La doctrina del “*consideration*” en el *common law*, no tiene un paralelo ni noción análoga con el derecho romano. Por el contrario, en el sistema inglés, replicado a una gran cantidad de territorios en diversos continentes, no se utilizó las instituciones de causa lícita, objeto lícito, capacidad y consentimiento. La noción de *consideration*, incluso para los juristas anglosajones, ha representado dificultades importantes en su entendimiento y conceptualización.⁷⁸⁴

⁷⁸³ La C.V.C.I. de 1980, pese a su importancia y de contar con más de 89 partes suscriptoras, no ha logrado tan siquiera unificar el concepto de contrato, y menos aún el de compraventa, cuyas diferencias son diametrales entre el derecho continental romano y el *common law*.

⁷⁸⁴ De este modo se ha expresado: “no doctrine of the common law of contract has been longer settled or more carefully developed than consideration.” The historical product of intense and richly concrete legal argument built from the ground up, consideration's main features were already evident by the end of the sixteenth century when it was fixed as an essential requirement for an action in *assumpsit*. From that time on,

- La segunda esfera dónde se desarrolla el comercio internacional, tiene un carácter eminentemente público de regulaciones, limitaciones y obstáculos al comercio. Históricamente, el poder público ha determinado que los lazos de amistad permitan relaciones de comercio. En tal sentido, destacan los tratados la amistad y comercio, muchos de los cuales facilitaron el inicio de relaciones diplomáticas en base a intereses comerciales mutuos.⁷⁸⁵ Aunque la referencia de los tratados de amistad, navegación y comercio pueden remontarse a la antigua Grecia o incluso antes, destaca el hecho que en la actualidad ellos marcan el mapa de alianzas y relaciones diplomáticas existentes en el mundo. Interesantemente, estos acuerdos que parecerían ser eminentemente comerciales tenían importantes provisiones referentes a la defensa y auxilio mutuo de los Estados signatarios.⁷⁸⁶

Incluso el reconocimiento internacional de gobiernos ha estado subordinado a temas o intereses comerciales. Lo mismo puede decirse respecto a la abstención de sanciones en el concierto internacional.

Por otro lado, pareciera obvio que el Estado usualmente ponga trabas o incluso prohibiciones de carácter legal, normativo y regulatorio para impedir que se hagan negocios con los enemigos. Hacer negocios con un Estado hostil o un grupo beligerante pone en riesgo la seguridad nacional, a más de otros perjuicios.

Entre los casos internacionalmente más representativos, referentes al tema de realizar negocios con el enemigo, consta la relación entre Japón y U.S. durante la Segunda Guerra Mundial. Ambos Estados habían suscrito previamente un acuerdo de amistad y

if not earlier, consideration embodied an idea of reciprocity that had continuously animated the long history of contract law stretching back to fourteenth- and fifteenth-century English medieval law. At the level of practice, and for the first time in this history, consideration stated a general requirement governing all non-formal agreements: without consideration, no promise (not under seal) was actionable in *assumpsit*.” Sobre el tema ver:

Peter Benson, “The Idea of Consideration”, *The University of Toronto Law Journal* 61, No. 2. 2011. Pág. 242.

⁷⁸⁵ Entre otros ejemplos puede citarse al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, suscrito entre México y Japón el 30 de noviembre de 1888, que dio inicio al establecimiento de relaciones diplomáticas entre ambos gobiernos.

⁷⁸⁶ Tal es el caso del tratado suscrito entre Francia y U.S. apenas producida su independencia de Inglaterra. Dicho instrumento fue conocido como: *Treaty of Amity and Commerce Between the United States and France*, 1778.

comercio⁷⁸⁷ en el siglo XIX, en base del cual se estrecharon relaciones diplomáticas. Con tal antecedente, U.S. fue proveedor de muchas materias primas, incluido combustible, a Japón, país que estaba en el propósito de expandir su imperio a través del uso brutal de la fuerza.

Luego de cometer varias atrocidades⁷⁸⁸ en sus invasiones militares a traición en Asia y el Pacífico, el presidente de U.S. Teodoro Roosevelt decidió aplicar la ley vigente desde 1917 conocida como Haciendo Negocios con el Enemigo,⁷⁸⁹ y de esta forma limitar suministros a Japón.

Como represalia al cese de abastecimiento, el gobierno japonés, que había jurado paz a U.S., atacó sorpresivamente con 353 aeronaves la base naval de Pearl Harbor, destruyendo la mayor flota naval de U.S. y asesinado a traición a personal que no se encontraba⁷⁹⁰ en combate, dando inicio de esta forma a la guerra del Pacífico. Este ejemplo ilustra cómo los temas comerciales de naturaleza *ius negotti*, que en principio no hacen mención a actos públicos de poder soberano, influyen decisivamente en el orden jurídico interno y de las relaciones internacionales.

Desde aquella época, las sanciones económicas han estado aparejadas a sanciones internacionales, entre las cuales, las más destacadas hacen relación al comercio de bienes y servicios que podrían facilitar una agresión militar o terrorista, o su financiación.⁷⁹¹

A partir de la Segunda Guerra Mundial se logra consolidar un sistema equilibrado que, con deficiencias y limitaciones, ha permitido una paz universal hasta los presentes días, sin embargo, sigue permaneciendo la idea de que el comercio, incluso entre Estados amigos con relaciones diplomáticas debidamente establecidas, constituye una forma de sometimiento razón por la cual, se crearon doctrinas económicas con consecuencias en las relaciones internacionales, referidas a la sustitución de importaciones, junto a la toma de medidas jurídicas que dificulten o impidan el comercio. Incluso las actividades *pro bono* generan sospechas de intereses subyacentes u ocultos.

⁷⁸⁷ Anglo-Japanese Friendship Treaty, 1854.

⁷⁸⁸ Entre otras atrocidades destaca la Masacre de Nankín de 1937 en China.

⁷⁸⁹ Trading with the Enemy Act (TWEA) of 1917, 40 Stat. 411, codified at 12 U.S.C. § 95 and 50 U.S.C. § 4301.

⁷⁹⁰ Se calcula que las víctimas mortales fueron alrededor de 2405, con 1178 heridos de consideración.

⁷⁹¹ La Trading with the Enemy Act (TWEA), en el año de 1933 fue extendida también a temas financieros con el llamado: “Emergency Banking Act”.

Particularmente en América Latina, la creación de la ONU, que estableció una participación internacional igualitaria, no ha cambiado la noción de colonialismo. El imaginario latinoamericano sigue girando en torno al antiimperialismo, fundamentado en cuestiones financieras, comerciales y de inversión.

El autor argentino José Bagú⁷⁹² fue uno de los pensadores principales de la teoría de la dependencia, la cual hacía énfasis, a su entender, en la relación comercial que América Latina había tenido con Europa, que la sometía a un permanente subdesarrollo y sumisión. La teoría de la dependencia, junto a la doctrina del deterioro de los términos de intercambio, posteriormente fue respaldada por la CEPAL,⁷⁹³ donde se consideró que la oposición al libre comercio era el mecanismo necesario contra las prácticas imperialistas de Europa y los centros económicos.

Resulta evidente el fracaso latinoamericano, esto contrasta respecto a lo hecho por países asiáticos, que décadas atrás se encontraban en iguales o menores condiciones y hoy superan a la región de forma exponencial. Cabe preguntarse si, ¿el Estado es o no responsable por evitar que su población pueda acceder a los mercados internacionales en forma competitiva? En la práctica no ha existido ni responsabilidad política.

4.2. La Organización Mundial del Comercio (OMC).

La experiencia de Ecuador en el marco de la OMC no ha sido traumática, ni en temas jurídicos ni respecto a repercusiones económicas, lo cual no guarda comparación con la experiencia vivida en los arbitrajes de inversión. A lo dicho se suma el hecho de que el sometimiento al accionar de la OMC tiene un carácter mayormente diplomático que jurídico.

La OMC⁷⁹⁴ es una de las organizaciones fundamentales dentro del derecho internacional público que regula el comportamiento y las obligaciones de los Estados con las prácticas mínimas requeridas para el funcionamiento del comercio internacional. A pesar de su

⁷⁹² Sergio José Bagú Bejarano Rifle (1911 –2002).

⁷⁹³ En la gestión de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), destacaron las ideas de Raúl Prebisch, Fernando Henrique Cardoso y Celso Furtado, entre otros. Prebisch sostuvo la noción de desigualdad creciente de las relaciones comerciales entre las potencias del centro y las regiones periféricas (América Latina). Bajo tal perspectiva, las relaciones comerciales parecen ser el instrumento principal de sometimiento a las regiones subdesarrolladas.

⁷⁹⁴ Alfredo Ferrero D. C., “La Organización Mundial del Comercio y su importancia para el Desarrollo Peruano”, *Agenda Internacional-PUCP*, n° 14, año VII, Lima, enero-junio 2000, Pág. 16.

naturaleza universal y de relacionarse directa o indirectamente con temas comerciales, financieros y de inversión, la OMC es una entidad sin vinculación directa ni relacionamiento con la ONU o sus agencias especializadas como el PNUD, la UNCTAD, la CNUDMI (UNCITRAL), etc.

La OMC tampoco forma parte ni tiene vinculación con los llamados organismos de Bretton Woods⁷⁹⁵ como el BM⁷⁹⁶ o el FMI.⁷⁹⁷ La OMC no regula aspectos *ius privatistas*, ni tiene relación a temas como la C.V.C.I., los Incoterms,⁷⁹⁸ el crédito documentario,⁷⁹⁹ etc.

La OMC no conoce ni resuelve sobre incumplimientos puntuales ni generales en temas comerciales o de inversión, esto entre otras posibles hipótesis, ni tampoco sobre el incumplimiento de contratos o la inobservancia de estándares de protección previstos en tratados internacionales de cualquier índole. El productor o comerciante que no recibe el pago adecuado y oportuno por la venta de sus bienes y servicios no puede recurrir a la OMC para reclamar sus derechos; lo mismo sucede a la inversa, cuando un operador comercial ha pagado el precio estipulado y no recibe la contraprestación esperada en el tiempo convenido, de acuerdo a la cantidad y calidad pactadas. Lo dicho se hace extensivo a otros organismos internacionales de comercio e integración.

Los acuerdos comerciales regionales son otro aspecto importante del derecho comercial. Los ejemplos más desarrollados de tales acuerdos son los tratados que establecen la Unión Europea, la única zona comercial regional que es miembro de la OMC.

Lo dicho se traduce a las actividades del Estado que potencialmente pueden generar responsabilidad. Cuando el Estado contrata servicios o realiza contratos de compraventa

⁷⁹⁵ The Bretton Woods Agreement, July 1944.

⁷⁹⁶ El BM (World Bank), fue fundado en 1944. Su objetivo principal es la dotación de recursos a Estados soberanos. En realidad, se trata de dos entidades distintas: A) The International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), con 189 miembros; y B) The International Development Association (IDA), con 173 miembros.

⁷⁹⁷ International Monetary Fund (IMF/FMI), fundado en 1945, actualmente con 189 Estados Miembros.

⁷⁹⁸ Acrónimo usado para referirse a la “International Commercial Terms”. No se trata de una convención internacional ni tampoco de derecho positivo. Los Incoterms, como costumbre recogida por la ICC, sistematizan los usos y costumbres generalmente aceptados del comercio internacional. Una publicación deroga tácita o expresamente las anteriores, como sucede en la técnica jurídica respecto de normas escritas.

⁷⁹⁹ El crédito documentario hace mención a los usos y costumbres mercantiles empleados para pagos internacionales. Internacionalmente son referidos como “UCP” (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits). Existen publicaciones de la ICC sobre el tema, sin embargo, al igual que los Incoterms, no constituyen convenciones internacionales ni derecho positivo en general.

u otros negocios a través de sus agencias o instrumentalidades, en caso de reclamos debe someterse a las reglas del derecho comercial internacional (sustantivas o adjetivas, en un contexto de foro local, extranjero o internacional), ya que la OMC no tiene competencia para resolver tales posibles desencuentros jurídicos. En caso de predominio comercial y bajo las condiciones de la oferta y la demanda, el Estado incluso puede someterse a jurisdicción extranjera. Existen como hipótesis las previstas en el DIPr, a través de sus elementos de conexión reales, personales y conductistas, en la determinación del derecho aplicable, tanto sustantivo como adjetivo. En caso de disputas locales con elementos sustanciales de extranjería, podría aplicarse el derecho extranjero.

Si bien la OMC, con 164 miembros, formalmente fue constituida en el año de 1995, remonta sus orígenes a acuerdos previos, continuando con el tenor y propósito del GATT,⁸⁰⁰ que fue un tratado internacional firmado el 30 de octubre de 1947, esto es en la época de postguerra, al igual que todas las organizaciones internacionales de envergadura mundial que propusieron un nuevo orden económico.

La OMC integra y encarna un sistema continuo de reforma y negociación conocido como rondas comerciales. La llamada Ronda de Uruguay de 1994 (MTN),⁸⁰¹ sentó las bases para la consolidación de la OMC, extendiendo las nociones arancelarias a temas tradicionalmente sujetos de protección como la agricultura, industria de textiles, comercio de servicios, propiedad intelectual, etc. La llamada Ronda de Doha⁸⁰² quedó sin resolver hasta el año de 2005, fecha límite prevista para este instrumento de liberalización del comercio. Contrariamente a lo que podría pensarse, la liberalización del comercio, principalmente en cuestiones referidas a subsidios agrícolas,⁸⁰³ tuvo mayor oposición en los países más desarrollados del mundo, quienes invierten grandes sumas de dinero en este mecanismo que distorsiona el comercio y deja fuera a productores que no tienen compensaciones de la misma magnitud, es decir, de países en desarrollo.

El rol de la OMC se concreta a administrar 60 acuerdos⁸⁰⁴ de comercio y propiedad intelectual, que obligan a guardar conductas mínimas de respeto a los Estados.

⁸⁰⁰ The on Tariffs and Trade, 1947.

⁸⁰¹ Ronda de Uruguay (MTN), 1994.

⁸⁰² Ronda de Doha, Catar 2001.

⁸⁰³ En Hong Kong, en el año 2005, se plantearon compromisos mínimos en materia de eliminación de subsidios a productos agrícolas. Este sigue siendo uno de los temas más discutidos en el ámbito internacional.

⁸⁰⁴ De tal hecho se deriva la compleja dificultad de adhesiones, como las 20 pendientes sin resolución.

Adicionalmente, la organización busca la consolidación de ventajas comunes sobre la base del principio de reciprocidad y el propósito de equilibrios generales.

A pesar de la proliferación de TBIs (acuerdos bilaterales de inversión) y de tratados de libre comercio regionales, la OMC no ha perdido vigencia en razón de su prevalencia internacional.

La OMC tiene una estructura institucional *sui generis*, amplia y difusa. Tiene un mecanismo obligatorio de solución de controversias más o menos similar a los previstos en organizaciones comerciales y de integración regionales, el cual fue consolidado a partir de la Ronda de Uruguay. Desde entonces, destacan dos segmentos diferentes: las normas sustanciales referidas al comercio internacional (obstáculos arancelarios, paraarancelarios y cuotas) y las reglas de solución de controversias.⁸⁰⁵ Lo dicho sin perjuicio de que la OMC, desde sus antecedentes y hasta la actualidad, sigue siendo una entidad más política que jurídica.⁸⁰⁶

De este modo, la solución de disputas en el seno de la OMC tiene tres etapas principales:

- i) Consultas entre las partes;
- ii) Vía jurisdiccional por parte de los grupos especiales y Órgano de Apelación; y,
- iii) Aplicación de la resolución, junto a la adopción de contramedidas. De este modo, “si el Miembro vencido no pone la medida en conformidad con sus obligaciones en un plazo razonable, el reclamante que ha ganado el caso tiene derecho a recurrir a medidas temporales, que pueden ser una compensación o bien la suspensión de obligaciones dimanantes de la OMC.”⁸⁰⁷

Usualmente, los reclamos dados entre Estados miembros sirven como antecedente jurídico y como fundamento de hecho, frente a la realización de actos nocivos o la

Entre los acuerdos más relevantes destacan: General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

⁸⁰⁵ Sobre el tema ver: Daniel Bethlehem; Donald McRae; Rodney Neufeld, and Isabelle Van Damme, Eds., *The Oxford Handbook of International Trade Law*, (2e), Oxford University Press, Oxford, 2009, Pág. 46.

⁸⁰⁶ Sobre el tema ver: Bernard M. Hoekman, and Michael M. Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System*. 3d Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009, Pág. 59.

⁸⁰⁷ El proceso — etapas de un caso típico de solución de diferencias en la OMC. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c6s1p1_s.htm#:~:text=El%20proceso%20de%20soluci%C3%B3n%20de,contramedidas%20si%20la%20parte%20vencida

abstinencia de cumplir con las normas de respeto al comercio.⁸⁰⁸ Así, el tratamiento casuístico dado a la solución de disputas ha consolidado un cuerpo referente para futuros casos.⁸⁰⁹

Las prácticas de *dumping* o competencia desleal pueden ser acusadas ante la OMC. La presencia de subsidios públicos, en muchos casos, no pretenden penetrar mercados o monopolizarlos bajo la utilización de precios inferiores a los costos de producción, sino que pueden procurar que un sector productivo no sea arrasado y consecuentemente desaparezca.

Conceptualmente el *dumping* puede ser esporádico, predatorio o persistente. La existencia de *dumping* por desvaloración de moneda, si bien puede tener efectos beneficiosos para un sector exportador al corto plazo, al poco tiempo redundará en un deterioro y afectación al Estado que lo practica, y en especial a los sectores más vulnerables de la población. Resulta muy difícil determinar la responsabilidad internacional del Estado por *dumping* escondido, como en el caso de ventas al exterior con el mismo precio del mercado local.

Ecuador ha tenido una intervención relativamente limitada ante la OMC, participando únicamente en tres casos en calidad de demandante, los cuales son:

4.2.1. Caso Bananas III (DS27).

En el caso **Bananas III (DS27)**,⁸¹⁰ Ecuador actuó como demandante contra la Comunidad Europea. Por su parte, Guatemala, Honduras, México y U.S tuvieron la calidad de co-demandantes. La disputa tuvo origen en el denominado “régimen” de las Comunidades Europeas para la importación, distribución y venta de bananas, vigente desde el 1 de julio de 1993, mediante el Reglamento 404/93 del

⁸⁰⁸ “Si una reclamación se basa en una disposición que prohíbe ciertas medidas (por ejemplo, el artículo XI del GATT de 1994 que prohíbe, entre otras cosas, las restricciones a la exportación), sólo una acción positiva (por ejemplo, una ley, reglamento o decisión que impida la exportación de mercancías a otros Miembros de la OMC u otros tipos de medidas restrictivas) puede violar aquella. La inacción propiamente dicha (el no adoptar una ley, reglamento o decisión) no puede conllevar el incumplimiento de esa obligación. La acción positiva podría ser un reglamento formal, pero también unas instrucciones oficiosas del gobierno si como en el ejemplo del artículo XI, restringen efectivamente las exportaciones. La situación es distinta cuando se trata de disposiciones del Acuerdo sobre la OMC que no prohíben determinadas conductas, sino que exigen una acción positiva.” Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c5s2p1_s.htm

⁸⁰⁹ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*. 2d ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008, Pág. 5.

⁸¹⁰ European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, 2007.

Consejo de la CEE.⁸¹¹ En el presente caso se discutieron varias violaciones al comercio internacional. No obstante, en el mes de noviembre de 2012, las partes negociaron una solución política, razón por la cual, no hubo resolución jurídica ni la imposición de medidas. Destaca la modalidad de protección diplomática, ya que no existe la posibilidad de intervención directa de empresas o personas naturales como demandantes.

4.2.2. Caso Procedimientos de Importación de Frutas Frescas (DS335).

El presente caso⁸¹² fue propuesto por Ecuador contra Turquía; participaron como terceros interesados: Colombia, U.S. y la Comunidad Europea. La República del Ecuador consideró que el procedimiento impuesto por Turquía representaba un obstáculo injustificado al comercio internacional, lo cual es abiertamente incompatible con el espíritu del GATT de 1994, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, y el Acuerdo sobre Agricultura. El caso se refería a importantes temas jurídicos al plantear preguntas sustanciales. No existió una resolución del tema ya que, en el mes de noviembre del año 2002, las partes negociaron una solución que puso fin al proceso.

4.2.3. Caso Camarones (DS335).

El referido caso⁸¹³ fue propuesto por Ecuador contra U.S. y participaron como terceros interesados: Brasil; Chile; China; CEE; India; Japón; Corea, México y Tailandia. La República del Ecuador consideró que las medidas tomadas por U.S. eran incompatibles con el artículo VI del GATT de 1994. En 2007 el Panel de resolución de la controversia recomendó al Dispute Settlement Body (DSB) que pida a los U.S. ajustar sus medidas en conformidad con las obligaciones que le impone el Acuerdo Antidumping.

Ya sea por negociación directa o por resolución del caso, Ecuador tuvo una reparación favorable y efectiva a todas sus alegaciones sobre actos violatorios al comercio internacional.

⁸¹¹ Reglamento 404/93 del Consejo de la CEE de 13 de febrero de 1993.

⁸¹² Turkey — Certain Import Procedures for Fresh Fruit. DS335, 2002.

⁸¹³ United States — Anti-Dumping Measure on Shrimp from Ecuador, 2007.

Adicionalmente, la República del Ecuador ha participado en dos casos en calidad de demandado, los cuales son:

4.2.4. Caso Cemento (DS182).

El caso Cemento (DS182)⁸¹⁴ fue propuesto por México contra la República del Ecuador. No hubo participación de terceros interesados. Ecuador impuso medidas antidumping sobre el cemento de calidad portland gris procedente de México. Ante tal hecho, México inició el procedimiento de consultas. El caso no ha sido resuelto, manteniendo el estado “en consulta”, según información de la OMC.⁸¹⁵

4.2.5. Caso Tableros de Fibra de Densidad Media (DS303).

El caso⁸¹⁶ fue propuesto por la República de Chile contra la República del Ecuador. No participaron terceros interesados. En el mes de noviembre de 2003, Chile solicitó la celebración de consultas con Ecuador con respecto a una medida de salvaguardia definitiva aplicada por éste último Estado a las importaciones de tableros de fibra de densidad media. Como argumento se sostuvo, entre otras cosas, que Ecuador no explicó ni justificó el método por el cual estableció cuotas entre los países proveedores, lo que afectaría al sistema de la OMC. El caso no ha sido resuelto, manteniendo el estado “en consulta”, según información de la OMC.⁸¹⁷

Como se observa, los casos en los que la República del Ecuador consta como demandado no han sido resueltos. En tal sentido, no se ha determinado una posible responsabilidad internacional del Estado ni su consecuente reparación. Dicho de otra forma, Ecuador *no ha sido condenado* en el seno de la OMC.

En conclusión, la responsabilidad internacional del Estado en temas comerciales, puntualmente referidos a subvenciones, dumping, salvaguardias, medidas sanitarias, medidas fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, barreras no arancelarias, etc., no

⁸¹⁴ Ecuador — Provisional Anti-Dumping Measure on Cement from Mexico, 2003.

⁸¹⁵ Referencia del mes de mayo de 2023. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds191_e.htm

⁸¹⁶ Ecuador — Definitive Safeguard Measure on Imports of Medium Density Fibreboard, 2003.

⁸¹⁷ Referencia del mes de abril de 2023. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds303_e.htm

representan violaciones graves al derecho internacional, ni tampoco generan agravios irreparables o precedentes vinculantes (*stare decisis*) ni cosa juzgada. Por el contrario, bien puede decirse que en mayor o menor medida todos los Estados incurren o han incurrido en tales modalidades que pretenden frenar el comercio o buscar ventajas injustas sin pretender causar una afectación o daño.

Las reglas para la resolución de disputas no son exhaustivas, lo que genera dudas que únicamente pueden suplirse con la casuística. Salta a la vista que el sistema todavía sigue en permanente construcción. Las resoluciones tanto administrativas como de solución de controversias no ponen punto final a las cuestiones litigiosas ni a los temas de fondo que se discuten sino, por el contrario, serán insumos necesarios a tomarse en cuenta para futuras negociaciones. Es por demás claro que la OMC no busca unificar el derecho internacional ni tampoco crear un derecho específico sobre la materia.

En tal sentido, la solución de controversias es más práctica, evitando complejidades jurídicas. A diferencia de las decisiones judiciales o arbitrales donde se miran claramente vencedores y vencidos, además del predominio de doctrinas jurídicas en aplicación de principios o normas, en una resolución de controversias ante la OMC se busca que la integridad de los miembros tenga propósitos de cumplir los compromisos tanto presentes como futuros. Incluso, la existencia de un órgano de apelación tiene más un sentido de aclarar el significado de las disposiciones, sobre la posibilidad de unificar criterios jurisprudenciales para una obligatoria aplicación posterior, es decir, lo político prevalece sobre la valoración jurídica.

En definitiva, la peor sanción que podría tener un Estado, como ya se mencionó oportunamente, es la de quedar fuera del sistema comercial y financiero internacional. Aquello, curiosamente, no generaría una responsabilidad internacional del Estado, pero causaría unas condiciones adversas a la población en general, que no tendría recurso legal o jurídico alguno para reclamar al Estado correcciones que permitan la reincorporación en un sistema mínimo de intercambio y comercio que garantice condiciones aceptables de producción y consumo.

CAPÍTULO V. PRIVILEGIOS DEL ESTADO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD

Los privilegios e inmunidades otorgan resguardos al Estado no solo en temas de defensa sustancial frente a su responsabilidad, sino también, en caso de que existan sanciones frente a la ejecución y cumplimiento de las condenas internacionales.

1. PRINCIPIOS DE NO INTERVENCIÓN.

Ecuador ha sido uno de los defensores y promotores del principio de no intervención en asuntos referidos al derecho internacional en toda la región.

El principio de no intervención tiene una correlación directa con el principio de autodeterminación, como si se tratase de dos caras de una misma moneda. Es ampliamente entendido que existe un derecho de los pueblos a la libre determinación,⁸¹⁸ sin embargo, precisar que es “pueblo”, quien lo representa, la legitimidad de la representación, la finalidad de la autodeterminación, etc., constituyen importantes inquietudes conceptuales que en algún momento confrontan con escenarios no previstos.

A lo dicho, se suma que todo pueblo en mayor o menor medida busca una posición política que perseguir “libremente”,⁸¹⁹ además de su desarrollo económico, social y cultural. En relación al *test salini*, no existe una noción uniforme ni aceptada sobre lo que es desarrollo económico, social y cultural. De hecho, las visiones son antagónicas, es decir, lo que para un grupo implica desarrollo para otro aquello podría significar un desastre.

A pesar de su indefinición, tanto la libertad como el desarrollo son nociones centrales en el derecho internacional, su contenido se encuentra presente en la creación,

⁸¹⁸ Es una noción con prevalencia en el ámbito local e internacional, lo que le agrega una dificultad conceptual mayor. Sobre el tema ver: Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, Pág. 15.

⁸¹⁹ El tema de la libertad implica importantes e interesantes paradojas. Existen muchas dictaduras o tiranías que tienen como argumento central el mantener el poder político como libertad de autodeterminación de los pueblos. La libertad, como pocos otros conceptos, es una noción jurídicamente indeterminada como otros valores humanos que no pueden ser caracterizados exhaustivamente. Utilizar la llamada “libertad de los pueblos” para incumplir obligaciones internacionales representa otro tema que no ha sido delimitado por las ciencias jurídicas.

reconocimiento, sucesión o desaparición de los Estados.⁸²⁰ Estos elementos dan los rasgos básicos a la autodeterminación.

En el caso de las rebeliones internas o secesión⁸²¹ de territorios, el tema de la autodeterminación entraña dificultades adicionales que doctrinalmente no pueden ser conceptualizadas, ya que la casuística futura potencialmente despertaría otras hipótesis.

En los procesos de secesión se da una interesante contradicción,⁸²² pues los independentistas fundamentan su derecho de independencia en la autodeterminación, sin embargo, dependen totalmente de un reconocimiento internacional para que esas pretensiones puedan ser aceptadas o condenadas. De igual manera, el colonialismo y la descolonización siguen despertando diversos cuestionamientos teóricos e interés intelectual,⁸²³ así pues, los territorios latinoamericanos todavía no superan, por lo menos, el colonialismo en la esfera política.

El tema de la autodeterminación consta en el Art. 1 de la Carta de la ONU (1945)⁸²⁴ como uno de los propósitos de la organización, lo cual se traduce en que aquello pase a ser el eje central de las relaciones internacionales entre los Estados, transitando de las relaciones políticas y de poder a instrumentos internacionales de derechos humanos tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸²⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸²⁶ Los análisis referidos a cuestiones de derechos humanos abren preguntas sobre la existencia de minorías que pueden ser

⁸²⁰ Sobre el tema ver: James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2d ed., Oxford: Clarendon, 2006, Pág. 537.

⁸²¹ Helen Quane, "The United Nations and the Evolving Right to Self-determination", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47.3, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, Págs. 537-572.

⁸²² La historia registra un sinnúmero de ejemplos en los cuales, en las motivaciones independentistas y reivindicatorias de poder público, la aparente expresión de soberanía del pueblo tuvo como antecedentes el financiamiento o intereses extranjeros. Pese a lo relevante del tema, dicho análisis se aparta del objeto de la presente investigación.

⁸²³ Sobre el tema ver: Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London: Routledge, 1997, Pág. 23.

⁸²⁴ Destaca el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, además de otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

⁸²⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

⁸²⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

afectadas a pretexto de la aplicación del principio de libertad de autonomía de los pueblos.⁸²⁷ En inicio, se exoneraría de responsabilidad internacional al Estado ante la afectación de minorías, sin embargo, es claro que políticamente aquello es discutible y en términos generales inaceptable.

Los procesos de cambio de gobierno u autoridad implican de una u otra forma la confrontación de poderes antagónicos, si bien aquello es cierto, objetivamente deben existir estándares jurídicos mínimos que actúen como fronteras en defensa del derecho internacional consuetudinario.

Otra cuestión sin consenso se refiere al otorgamiento o no del estatus de *ius cogens* (*peremptory norm*) a los actos políticos calificados dentro de la libertad o autodeterminación. Al ahondar en el tema se corre el riesgo de perder la precisión que las ciencias jurídicas requieren, ya que la vastísima bibliografía siempre hace alusión, de forma directa o indirecta, a aspectos ideológicos y políticos, lo que implicaría decir que un Estado tiene potencialmente más de dos voluntades de autodeterminación, siendo incompatible con el derecho internacional.

La autodeterminación y el principio de no intervención, *prima facie*, parecerían ser el escudo primigenio para exonerar de toda posible responsabilidad internacional a un Estado. Tal pretensión no es aceptable en el estado actual de las relaciones internacionales donde, por el contrario, se requiere consolidar un conjunto de reglas y principios básicos sobre la materia. Al igual que sucede con el fuero interno, la libertad es el principio más valioso, sin embargo, no por ello es buena por antonomasia, ya que en su nombre se pueden hacer progresos o atrocidades. La libertad no es eximente de responsabilidad, por el contrario, fundamenta la intencionalidad de los actos.

El principio de no intervención no debería ser visto como un privilegio procesal exorbitante y unilateral para limitar o impedir la ejecución de medidas provisionales, laudos, autos interlocutorios o sentencias contra Estados soberanos. Dicho principio tampoco liberaría a un Estado de cumplir con el principio del *pacta sunt servanda*, en relación a los compromisos legítimamente adquiridos.

⁸²⁷ Sobre el tema ver: Thomas D. Musgrave, *Self-Determination and National Minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1997, Pág. 232.

El principio de no intervención se encuentra directamente vinculado con otros principios tales como: no agresión, coexistencia pacífica, igualdad de derechos, libre determinación, y arreglo pacífico de controversias.⁸²⁸ La soberanía que encarna la integridad territorial e independencia política, junto a los referidos principios, ha sido reconocida en la Resolución N. 3281 donde consta la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.⁸²⁹

La no intervención tiene un doble sentido, ya que el mismo derecho internacional establece como obligación la reparación internacional por los daños causados con ocasión del uso del imperio de la fuerza, en quebranto del derecho internacional. Igualmente, consta la obligación de cumplir de *buena fe* los compromisos legalmente adquiridos, fomentando además los cimientos de la justicia internacional. Es decir, el principio de no intervención no implica que un Estado sea absolutamente *immune*, o que sus representantes puedan anular el derecho local o internacional sin sanción.

El principio de no intervención (*non-intervention rule*) del derecho internacional público, es una de las piedras angulares sobre la cuál se fundamenta las relaciones internacionales igualitarias entre Estados soberanos. En buena parte, la inexistencia de una jurisdicción internacional se debe a la prevalencia de este principio.

La no intervención es una noción que sin duda alguna encarna una fuerza indiscutible, sin embargo, sus alcances y límites no son claros. Lo dicho llega a tal extremo que incluso se han planteado conceptos o propuestas para intervenciones “alternativas”, con lo cual se cumplirían los requisitos formales de legalidad y el objetivo material de la intervención.⁸³⁰

Pese a que la doctrina y el derecho positivo no han realizado estudios exhaustivos ni concluyentes sobre la existencia de derechos “fundamentales” correspondientes a Estados,⁸³¹ en la práctica es evidente que pueden darse choques entre dichos derechos y

⁸²⁸ El principio de arreglo pacífico de controversias implicaría que cada vez más los Estados que buscan una coexistencia civilizada impulsen métodos judiciales o arbitrales de resolución de disputas, proscribiendo la intervención “*manu militari*”.

⁸²⁹ Resolución 3281, A/RES/3281(XXIX), 14 de diciembre de 1974. Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/ag/res/29/ares29.htm>

⁸³⁰ Sobre el tema, entre otros, ver: Ashley T. Lenihan, “Non-Intervention and the ‘Internal’ Intervention Alternative”, en *Balancing Power without Weapons: State Intervention into Cross-Border Mergers and Acquisitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, Págs. 253-280.

⁸³¹ En la Carta de la OEA, a partir de su Art. 10 al Art. 22, se consagran los llamados Derechos Fundamentales de los Estados, en donde consta la no intervención y la inviolabilidad de territorio.

el *ius cogens*. Si entran en confrontación derechos fundamentales inherentes a la existencia misma del ser humano y el respeto de la independencia política, no existen reglas positivas exhaustivas que la comunidad internacional deba acatar. *Ultima ratio*, deberá apelarse al sentido común, racionalidad y la moral.

El sentido conceptual sobre la igualdad jurídica fundamenta la independencia de los Estados, bajo el principio de que todos son iguales entre sí, y que ninguna soberanía o jurisdicción puede subordinarse a otra. Sin embargo, la noción de igualdad jurídica no ha sido extendida a estándares mínimos que debería tener cada ordenamiento jurídico Estatal para ser reconocida como tal.

En un caso extremo, un Estado democrático tendría la misma valoración y reconocimiento que un Estado sustentado en un sistema de barbarie violatorio del derecho local y del derecho internacional. A lo dicho, se agrega el hecho de que la diplomacia gira sobre intereses y no siempre sobre principios morales (derecho natural), sin desconocer la existencia de escenarios complejos donde las decisiones políticas pueden prevalecer sobre las consideraciones jurídicas.

En algunos casos extremos, el mismo derecho internacional establece excepciones al principio de no intervención, como es el caso del *derecho de asilo* otorgado a perseguidos políticos que, a criterio del Estado juzgador, han violado la legislación interna y han pretendido, usualmente, abrir la puerta a intereses extranjeros.

El principio de no intervención trata sobre una noción universal, basada en las políticas generadas para buscar y consolidar una identidad americana bajo el principio “América para los americanos”,⁸³² que pretendió construir una idea regional, la cual básicamente estaba dirigida a evitar que las potencias colonialistas de Europa retomen los territorios perdidos en América.⁸³³ En tal sentido, su alcance fue más limitar antes que estar dirigido a temas jurisdiccionales en disputas internacionales.

⁸³² Aquella frase encarna la teoría conocida “Monroe Doctrine”, la cual, en resumen y a grandes rasgos, establecía que una agresión armada europea en territorio americano constituiría una agresión a Estados Unidos.

⁸³³ Sobre el tema ver: Charles G. Fenwick, “Intervention and the Inter-American Rule of Law”, *American Journal of International Law*, 53(4), Cambridge, 1959, Págs. 873-876.

El principio de no intervención bien podría asimilarse a una noción jurídica indeterminada,⁸³⁴ ya que su significación no es general, exhaustiva ni absoluta, sino caracterizada según la casuística y las circunstancias.

El concepto de no intervención se encuentra estrechamente ligado al de soberanía territorial, política y jurídica, y al de libertad. Una intervención ilícita o prohibida implica afectar la soberanía estatal local, sobre la cual corresponde a cada Estado decidir libremente respecto de sus acciones u omisiones. En tal sentido, interferir en la formulación de la política exterior de un Estado involucra incidir en la elección de un sistema político, económico, social y cultural determinado. Al respecto, la intervención se considera ilícita cuando se utilizan métodos de coerción⁸³⁵ con respecto a tales opciones que, en todo caso, deben seguir siendo libres.

Interesantemente, no está claro si el principio es restrictivo o consagrativo. Restrictivo en el sentido de limitar a fuerzas extranjeras intervenir sobre asuntos locales; y, consagrativo, cuando se entiende que el poder local es ilimitado y los gobernantes son internacionalmente irresponsables por sus actos, aquello, en el contexto de que no cabría que un Estado justifique sus conductas políticas o actos de gobierno.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo de la presente investigación, la responsabilidad del Estado y de sus agentes existe tanto en derecho local como en derecho internacional, tanto en temas administrativos, civiles, comerciales o criminales. Bajo tal sentido, es evidente que el principio no puede eximir de responsabilidad a quien haya violado el *ius cogens* o fundamentos inderogables el derecho internacional. No obstante, podrá limitar la posibilidad de lograr reparaciones locales, hecho que puede adicionalmente traducirse en denegación de justicia.

El principio de no intervención incluso se ha extendido a la prevención de toda intervención militar externa,⁸³⁶ cuando no representa una amenaza directa o emitente.⁸³⁷

⁸³⁴ Interesantemente, los conceptos fundamentales caen dentro de la noción jurídica indeterminada. En principio, los grandes valores son declarativos, pudiendo concretarse en una multiplicidad de hechos.

⁸³⁵ En tal sentido se pronuncia el caso resuelto por la CIJ respecto de las actividades sucedidas en Nicaragua. Sobre el tema ver: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)* 1984.

⁸³⁶ Sobre el tema ver: Henry G. Hodges, *The Doctrine of Intervention*, Princeton, NJ, Banner, 1915.

⁸³⁷ Un ejemplo claro de ello sucedió a inicios de la Segunda Guerra Mundial con la Alemania nazi, al producirse violaciones al derecho internacional que afectaban soberanías externas, hasta la consumación de atrocidades que violentaron todo sentido ético y moral, que no podían ser toleradas ni auspiciadas por la

Por regla general, los Estados no tienen interés directo de participar en guerras, prefiriendo declarar su neutralidad.⁸³⁸ La denominada “*neutralidad armada*” puede ser una estrategia de guerra que difiere o se distingue de la “*neutralización*” que implica un compromiso o estado permanente de neutralidad. En más de una ocasión, los “*neutrales*” podrían beneficiarse directa e indirectamente de las guerras extranjeras, por intereses políticos o económicos. El financiamiento de las guerras,⁸³⁹ si bien es un aspecto ajeno a la presente investigación, entrega ciertas respuesta sobre el tema.

Las diversas posiciones de los “*neutrales*” en cuanto a una disputa (sea cual fuere su naturaleza), arman un cuadro inconexo e incluso incoherente⁸⁴⁰ sobre obligaciones internacionales, en base a la complejidad administrativa del neutral y de la debilidad coercitiva.

Generalmente, la neutralidad durante la guerra ha desempeñado una función de utilidad, más allá del respeto a las leyes de los conflictos armados internacionales. En principio, el no intervenir podría reducir la propagación de las hostilidades al promover otras abstenciones y una actitud de imparcialidad hacia los beligerantes. En compensación, los Estados neutrales permanecen en paz, llegando a comerciar con ambos bandos e incluso lucrar de la guerra.

Resulta interesante determinar si la neutralidad del Estado impone obligaciones éticas a los ciudadanos para impedir o limitar que estos puedan equipar, suministrar y o financiar guerras extranjeras. No existe una regulación exhaustiva, amplia y de general aplicación internacional, para determinar los derechos y obligaciones de los neutrales.⁸⁴¹

comunidad internacional. Pese a todo ello, bajo el principio de no intervención y de no comprar pleitos ajenos, se dejó crecer a la Alemania nazi hasta un punto en que su poder se desbordó. En este sentido, el hecho de que un conflicto pueda crecer o sofocarse termina siendo un tema de pronósticos políticos o militares.

⁸³⁸ Sobre el tema ver: Percy H. Winfield, “The History of Intervention in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. III, Oxford, 1922–1923, Págs.130–148.

⁸³⁹ Reviste una particular importancia el análisis de las cuestiones comerciales y financieras prevalentes y subyacentes en los conflictos internacionales, en relación al principio de no intervención. Sobre el tema ver: Philip C. Jessup, and Francis Deak, *Neutrality: Its History, Economics and Law*, Columbia University Press, 193, vol. 1, The Origins, New York, 1935, Pág. 7.

⁸⁴⁰ Sobre el tema ver: Ian Hurd, “Is Humanitarian Intervention Legal? The Rule of Law in an Incoherent World”, *Ethics & International Affairs* 25, no. 3, New York, 2011, Págs. 293-313.

⁸⁴¹ Sobre el tema ver: Stephen C. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History*, Manchester University Press Melland Schill Studies, Manchester, 2000, Pág. 223.

En más de una ocasión, el principio de no intervención se ha traducido a una apacible observancia de violaciones de derechos por parte de Estados y sujetos de DIP frente y/o sobre naciones o grupos de personas que no tienen alternativa de defensa.⁸⁴² Sin *intervenciones humanitarias*⁸⁴³ la afectación de derechos sería permanente y generalizada.

Incluso las llamadas intervenciones “legales” en misiones humanitarias no están libres de polémicas. Pese a que el derecho humanitario presume ser para salvaguardar un interés mayor, la discusión exhaustiva sobre su legalidad abre difíciles discusiones con matices políticos y éticos.⁸⁴⁴ Cabe la reflexión y la pregunta: ¿hasta qué punto es necesaria o justificable la intervención⁸⁴⁵ en aras de precautelar los derechos humanos?. Limitar o impedir las intervenciones humanitarias equivale a ser espectador pasivo de barbaries.

En más de una ocasión, con el propósito de defender intereses económicos o políticos locales, se ha dicho que las llamadas intervenciones humanitarias no son más que una máscara encubierta de intervencionismo.

Analizando la otra cara de la moneda, una intervención está llena de matices. En estricto sentido, ningún Estado quiere tener una existencia totalmente aislada, lo que implica que tiene el deber de cumplir con normas y compromisos internacionales, además de adecuar

⁸⁴² Lo expuesto, de una u otra manera, nos lleva al análisis de que no existe soberanía supranacional, así, en caso de una multiplicidad de soberanías, ninguna deseará ceder poder.

⁸⁴³ Calibrar la medida y alcance de una intervención humanitaria representa importantes desafíos. Sobre el tema ver: Nigel S. Rodley, “Human Rights and Humanitarian Intervention: The Case Law of the World Court”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, no. 2, 1989, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, Págs. 321–333.

⁸⁴⁴ Así, por ejemplo, entre otros varios casos puede hacerse referencia al siguiente: “In the course of NATO’s 1999 air campaign in Kosovo, most international lawyers remained conspicuously silent on the strict legality of the intervention. Of those who gave on-the-record comments, many couched their opinions in terms of ‘traditional international law,’ observing that it provided no clear basis for the intervention but usually refraining from condemning the intervention as illegal. Subsequent legal analysis has seen less ambiguity – and greater divergence of opinion. Authors with more or less similar understandings of the factual situation in Kosovo in the early months of 1999 – widespread and escalating persecution of the non-Serb population by a government and army with a history of mass atrocities elsewhere – arrive at sometimes starkly different conclusions, both on the law as it stood at the outset of the intervention, and on the potential for legal change”. Sobre el tema ver: Michael Byers, and Simon Chesterman, “Changing the rules about rules? Unilateral humanitarian intervention and the future of international law”, en J. L. Holzgrefe, and Robert O. Keohane (Eds.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, Pág. 177.

⁸⁴⁵ Sobre el tema ver: Richard B. Lillich, “Intervention to Protect Human Rights”, *McGill Law Journal* 15, New York, 1969, Págs. 205–219.

su legislación y comportamiento interno a estándares mínimos de racionalidad en observancia de los derechos humanos.

Determinar si las medidas o acciones de defensa constituyen intervención es otro tema complejo y aquí incluso el hecho de hacer “negocios con los enemigos”⁸⁴⁶ pone en alto riesgo la seguridad nacional de cualquier Estado en particular y de la comunidad de naciones civilizadas en general.

Las posibles hipótesis sobre la “no intervención” pueden ser extremas y, en tal sentido, llegar a conclusiones diametralmente opuestas, que no necesariamente son el reflejo de lo que debería representar la ciencia jurídica. Por un lado, pueblos o naciones sin poder político o militar, subordinados a una soberanía que impide su existencia o independencia, estarían internacionalmente desprotegidos si el principio de no intervención fuese entendido y aplicado de manera absoluta.

Al otro extremo, tenemos el hecho de que en última instancia un Estado, principalmente pequeño o subdesarrollado, existe porque la comunidad internacional ha impuesto la obligación de no intervenir en su existencia y decisiones. Acabar con su poder (inmoral, abusivo y/o corrupto) podría implicar interferir con su independencia soberana.

Si en el ámbito jurídico el principio de no intervención causa dificultad, en una esfera diplomática es aún más complejo, ya que la diplomacia históricamente ha estado vinculada con el arte de la intervención solapada. Incluso, diferenciar actos patrióticos de raigambre local o nacionalista, de conspiraciones auspiciadas desde el extranjero con el propósito de cambiar el escenario del poder internacional no es fácil, ya que aquello está sujeto a una amplitud de matices. Históricamente sabemos que los registros en buena parte obedecen a la versión del ganador.

La Carta de la ONU hace referencia al principio de no intervención en temas que son básicamente de la jurisdicción interna de cualquier Estado. Dicho texto puntualmente expresa: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta.”⁸⁴⁷

⁸⁴⁶ Tema tratado en el Capítulo IV.

⁸⁴⁷ Carta de la ONU, Art. 2.7.

Las organizaciones internacionales en teoría son neutrales, por lo tanto, no cabe la posibilidad, por lo menos deontológica, de que una organización pretenda como objetivo evitar que un Estado responda internacionalmente por sus actos u omisiones generados en base a su responsabilidad. Lo dicho no excluye la eventual práctica de que una organización internacional pueda ejecutar actos políticos alejados de la neutralidad.

Tampoco es admisible la posibilidad de que una organización tenga como objetivo perjudicar a un Estado, sin perjuicio de que las organizaciones regionales busquen ventajas colectivas, que no siempre se enmarcan en una lógica de ganar-ganar.

La neutralidad mantenida por las organizaciones humanitarias y las unidades de mantenimiento de la paz de la ONU,⁸⁴⁸ debe estar sobre toda coyuntura política u opción partidista. Es decir, se debe propender a un orden político moral y jurídico, sobre prácticas de conveniencia política.

Sobre el tema, destaca la Declaración de la ONU sobre Inadmisibilidad de Intervención en Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía.⁸⁴⁹ Interesantemente, dicha resolución fue aprobada por 109 votos contra ninguno, lo que indica que, por lo menos formalmente, los Estados pretenden respetar la integridad y existencia de los otros. En el preámbulo de dicho instrumento se hace referencia a la gravedad de la situación internacional y la creciente amenaza a la paz universal debido a la intervención y otras formas indirectas de injerencia que amenazan la soberanía y la independencia política de los Estados.⁸⁵⁰

De una u otra forma, aquello establece una sucesión lógica con la Resolución de la ONU sobre la Independencia de los Territorios sometidos a Figuras Coloniales⁸⁵¹ y, puntualmente, al debido acatamiento y respeto de los compromisos internacionales adquiridos conforme a derecho.

⁸⁴⁸ Sobre el tema ver: Edward R. Cummings, “Additional Report: The Evolution of the Notion of Neutrality in Modern Armed Conflicts”, *Military Law & Law of War Review*, no. 17, Brussels, 1978, Págs. 37–190.

⁸⁴⁹ General Assembly Resolution 2131 (XX) Of 21, Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty, 1965.

⁸⁵⁰ Edward McWhinney, “Resolución 2131 (Xx) de la Asamblea General de 21 de Diciembre de 1965, Declaración Sobre La Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, Geneva, 2011, Pág. 3.

⁸⁵¹ Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, – Resolution N. 1514 (XV) of 14 December 1960.

El ordenamiento internacional en diversos niveles regionales, políticos, económicos, culturales, etc., explica coaliciones que, si bien se miran necesarias para la defensa, implican una interdependencia que abre las puertas a la injerencia extranjera.

La Carta de la ONU⁸⁵² proscribe la agresión, imponiendo la obligación de abstinencia de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, lo cual guarda correspondencia con el tenor del Capítulo VII de dicha Carta.⁸⁵³

Atañe a los Estados soberanos realizar una determinación sobre la legalidad de la fuerza utilizada en las relaciones internacionales, junto al uso de la legítima defensa.⁸⁵⁴ En última instancia, no existe un mecanismo internacional coercitivo en aras de prevenir conflictos internacionales que no pueda ser invasivo, razón por la cual, parecería que es preferible tolerarlos en beneficio de mantener un alto grado de neutralidad dentro de la sociedad internacional.

La República del Ecuador ha tenido un rol protagónico en la dogmática latinoamericana sobre el principio de derecho internacional público de no intervención. Así, el primero en proponer que no se reconocieran a los gobiernos que asumen el poder mediante el derrocamiento por la fuerza de un gobierno legítimamente constituido, fue Carlos Tobar, quien en una nota diplomática enviada en 1907 propiciaba el no reconocimiento a los “gobiernos transitorios, nacidos de revoluciones, hasta que demuestren que gozan del apoyo de sus países.”⁸⁵⁵ No han sido muchos los casos durante el siglo XX en los cuales se aplicó el criterio de la legitimidad para no reconocer a los gobiernos de facto.

⁸⁵² Carta de la ONU, Art. 2.4.

⁸⁵³ Ibidem, Capítulo VII (Arts. 39- 51): Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión.

⁸⁵⁴ Sobre el tema ver: Carta de la ONU, Art. 51 “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”

⁸⁵⁵ Edmundo Vargas C., “El Principio de No Intervención”, *Curso de Derecho Internacional XXX*, Organización de Estados Americanos OEA, Washington, 2003. Pág. 164. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXX_curso_derecho_internacional_2003_Edmundo_Vargas_Carreno.pdf

En 1907, el mismo año en que surgía la “doctrina Tobar,” Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua suscribieron un tratado comprometiéndose a no reconocer a los gobiernos surgidos por medio de la fuerza y en 1923, esos mismos Estados centroamericanos, convinieron entre sí en que “no reconocerán a ningún gobierno que surja en cualquiera de las cinco repúblicas, por un golpe de Estado, o por una revolución contra un gobierno constituido, mientras la representación del pueblo, libremente electa, no haya reorganizado al país en forma constitucional.” La inestabilidad institucional que caracterizó a algunos de esos Estados centroamericanos hizo que los tratados mencionados no tuvieran una mayor aplicación.⁸⁵⁶

La postura de Ecuador ha sido la de poner límites al principio de no intervención, lo cual genera sin duda valoraciones de distinta connotación tanto en el ámbito práctico como teórico. La actitud de Ecuador se ha consolidado en torno a evitar que se utilice el principio de no intervención como forma de evitar posibles sanciones por responsabilidad internacional del Estado.

2. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DEL ESTADO.

Los privilegios e inmunidades, entendidos los primeros como prerrogativas jurídicas especiales, y las segundas como la exención del cumplimiento de un deber, buscan exonerar de responsabilidad a los Estados, lo cual no quiere decir que la responsabilidad no exista, sino que en la práctica no puede ser exigible.

El origen histórico⁸⁵⁷ de la inmunidad de los actos del Estado es análogo y se remonta a la base de la inmunidad concedida al Estado soberano extranjero y sus agentes. Adaptar dichas nociones políticas antiguas y medievales a prácticas actuales, en donde el Estado está vinculado en un sinnúmero de actuaciones económicas y financieras que no representan actos de soberanía, encarna dificultades importantes.

Si bien la gran mayoría de ramas jurídicas tienen una producción de doctrinas y desarrollos intelectuales sumamente sofisticados, que incluso caen en contradicciones

⁸⁵⁶ Ibidem.

⁸⁵⁷ Un análisis más exhaustivo sobre el tema puede ser visto en: Fausto de Quadros, and John H. Dingfelder S. “Act of State Doctrine”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Edited by Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press, 2013.

obligando a recurrir a doctrinas ecléticas como puentes, el tema de privilegios e inmunidades del Estado, por el contrario, carece de un desarrollo material y académico suficiente que permita darle entendimiento y aceptación general. Podría decirse, adicionalmente, que el tema tiene diversas aproximaciones bajo perspectivas no uniformes en el derecho comparado.

En caso de existir violaciones a normas internacionales que afecten al *ius cogens* y a la sociedad internacional en su conjunto, estaríamos frente a ilícitos internacionales que deben ser juzgados por la CPI.

La doctrina de la inmunidad de los Estados ha ido evolucionando desde el reconocimiento de una inmunidad absoluta, sin discernir la naturaleza de la actividad del Estado materia de enjuiciamiento; hasta la concepción de una inmunidad restringida, en atención a la diferenciación entre actos *ius imperii* (realizados por el Estado en ejercicio de su poder soberano) y actos *ius negotii*. En este último caso, corresponde a los tribunales arbitrales en temas de comercio o de inversión, u organismos supranacionales como la CAN, la OMC, etc., juzgar al Estado por aquellos actos o contratos que potencialmente generarían responsabilidad, siempre que no sean de carácter penal a consecuencia del cometimiento de ilícitos internacionales, sino por incumplimientos a compromisos.

En lo referente a privilegios e inmunidades, la casuística de Ecuador ha tenido relevancia en la doctrina del Acto de Estado (act of State), como lo señala un reporte de Oxford que, en cuanto a los hitos más importantes a partir de la postguerra, expresa:

“A Limited v. B Bank and Bank of X, England (1996) was a litigation over a patent registered in the United Kingdom for inventing a type of security paper for the manufacture of bank notes. The court dismissed the application of the act of state doctrine because the choice of one or another security paper for the manufacture of bank notes was not a sovereign act, nor was its circulation in the United Kingdom by a commercial bank; moreover, that circulation was made in the United Kingdom and not in the territory of the other state. In the Pinochet Case (2000) this former head of state of Chile was arrested in the United Kingdom on an international warrant. The House of Lords described the act of state doctrine as a common law principle that prevents the forum court from examining the legality of certain acts performed in the exercise of sovereign authority within its territory. In Occidental Exploration v. Republic of Ecuador (2005), Ecuador sought to overturn an arbitration award favorable to the US company

Occidental in an investment dispute with an Ecuadorian state-owned company. The English courts understood that the treaty granted exercisable rights to private investors. In AK Investment CJSC v. Kyrgyz Mobil Tel (2011), the claimant requested the application of the act of state doctrine so that the court would not review the independence of a foreign judicial system, but the court did not apply it because there was a danger that a foreign judicial system might not provide justice, although this had to be demonstrated with cogent evidence.”⁸⁵⁸

La República del Ecuador en las demandas arbitrales planteadas en su contra, dentro de la fase de objeciones a la jurisdicción, ha propuesto la excepción de que el tema no es arbitrable o justiciable en instancias internacionales, bajo el supuesto de que el objeto de la controversia está investido de inmunidades. Dicha argumentación no ha evitado el inicio de los procesos mencionados en la presente tesis ni ha implicado exoneración de responsabilidad frente a sanciones.

3. MEDIDAS PROVISIONALES CONTRA ESTADOS SOBERANOS.

Si conceptualizar o determinar qué significa una medida provisional en derecho internacional no es fácil, más complejo es valorar su oportunidad y pertinencia frente a las legítimas atribuciones del poder público interno.

En virtud de que cada sistema jurídico procesal local tiene distinta naturaleza, características y alcances, no existe una noción universal sobre la materia, de este modo, salvo que existan instrumentos internacionales específicos que den cierta caracterización a las medidas interinas o provisionales, su discusión puede ser amplia en el propósito de aceptarlas o negarlas frente a los actos de Estados soberanos.

Dicho de otro modo: ¿por qué razón debería aceptarse la vigencia de las medidas provisionales contra Estados soberanos, si estas pueden limitar no solamente hechos jurídicos sino decisiones políticas sobre su conducción, actividades jurisdiccionales o legislativas?

Además, en caso de que estas medidas fueran aceptables: ¿qué estándar debería aplicarse, es decir, cuál sería la ley aplicable, la local, una extranjera o preceptos de derecho

⁸⁵⁸ Alfonso Iglesias, “Act of State Doctrine”, en *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020. Disponible en: www-oxfordbibliographies-com

internacional?. Todo aquello no se encuentra claramente definido y dependerá de la casuística, así como en buena parte de las reglas y estatutos de la corte o tribunal ante el cual se solicite las medidas. En caso de arbitraje *ad hoc*, tanto comercial como de inversión, la discrecionalidad es mayor.

Más allá de la existencia de disquisiciones de derecho constitucional comparado o de derecho político, el quiebre existente entre el derecho continental romanista y el derecho anglosajón es evidente, y muestra una diferente concepción doctrinal o ideológica sobre los poderes del Estado. Es indudable que en cortes o tribunales internacionales habrá una visión compartida entre estos dos mundos jurídicos, sin perjuicio de que los árbitros internacionales son mayoritariamente de formación en *common law*.

Así, por ejemplo, en el ámbito anglosajón la noción no es única ya que existe una variedad de recursos, entre los que destacan los llamados *protective remedies* que facilitan mantener el *statu quo* mientras se desarrolla el litigio, dando cierta estabilidad a la posición o condición de los litigantes. Adicionalmente, las figuras conocidas como *orders for disclosure of evidence*, *interim payment*, *interim damages*, etc. pueden ser decisivas en cuanto al fondo.⁸⁵⁹ En el derecho público local se mantiene el *statu quo* sobre la noción de autotutela conservativa.

En derecho anglosajón el vocabulario utilizado para identificar a las medidas que tienen por objeto precautar el *statu quo*, no es el mismo presente en derecho internacional; por ejemplo, destaca el uso de nociones tales como: *interim order* o *restraining orders (injunction)*.

Ahora: ¿en qué difieren o en qué deberían diferir las medidas provisionales dictadas contra Estados soberanos o contra sus instrumentalidades cuando se tratan de simples actos comerciales o contra una persona natural o entidad en general?. Esto nos lleva al tema ya analizado de los actos de imperio frente a los actos de negocio, además de cuestiones de DIPr ya que, dependiendo del foro, la ley aplicable dará diversos resultados.

Históricamente, la palabra “soberano” conlleva implícito un poder absoluto e irresistible. En la actualidad, la soberanía no es absoluta, sin embargo, continúa siendo la piedra

⁸⁵⁹ Sobre el tema ver: Gerry Maher, and Barry J. Rodger, “Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, Págs. 302-39. Disponible en: https://www.research.ed.ac.uk/portal/files/11957371/MAHER_G_Provisi3nal_and_Protective_Remedies_The_British_Experience_of_the_Brussels_Convention.pdf

angular de generación y mantenimiento del poder público. En temas procesales, hablar de soberanía lleva implícito inmunidades, privilegios y potestades unilaterales que sitúan al poder público en una posición de privilegio. En pleno siglo XXI determinar si el soberano (en sus diversas expresiones posibles) es responsable, genera conflictos importantes.

Cabe destacar la función lógica e idiomática que tiene la palabra “soberanía”⁸⁶⁰ respecto de actos comerciales, de inversión o de deuda externa, con el objeto de transformar en actos *ius imperii* temas *ius negotii*, que por su naturaleza son meramente negociables y transigibles. Tal es el caso, por ejemplo, de emitir bonos soberanos o pagarés soberanos para operaciones de crédito sujetas a jurisdicción extranjera (a pesar de que la ley local pueda regular dichos instrumentos negociables) en los que intervienen inversionistas o bancos de inversión que no tienen elementos de conexión alguno con el territorio del Estado prestamista. Cabe preguntarse: ¿si el hecho de que el prestatario sea una entidad pública y la operación de carácter transfronteriza, cambia o no sus características?. Además: ¿el negocio subordinado a los intereses de un banco de comercio o de inversión, bajo jurisdicción extranjera, cambia de naturaleza por agregar la palabra “soberano”? Es claro el resultado distinto que habrá como resultado de utilizar un análisis literal frente a otro teleológico y sistemático.

El empleo de la expresión soberano,⁸⁶¹ por sí sola, no transforma una operación comercial o de inversión internacional en un hecho que deba ser juzgado bajo la luz del derecho público local del Estado interesado. En la práctica, existen reglas generalmente utilizadas por la comunidad financiera internacional aplicables a este tipo de operaciones. Ante la necesidad de concretar un negocio, los Estados suelen renunciar a los privilegios e inmunidades de sus actos soberanos, pese a lo cual, no dejan de usar la expresión “soberano”. Lo dicho, probablemente sobre una lógica política.

Adicionalmente, los créditos dados en mercados de capital internacionales⁸⁶² utilizan divisas o monedas que no están bajo el control soberano del deudor, es decir, éste no

⁸⁶⁰ Sobre el tema ver: Lenin Navarro Moreno, “La Soberanía en Disputas Internacionales (Litigios contra Estado soberanos)”, Serie Estudios Internacionales No. 1, Editorial El Siglo, 2022, Ecuador, Págs. 33–42.

⁸⁶¹ Sobre el tema ver: Chris Brummer, “Why Soft Law Dominates International Finance—and not Trade”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, (3), Oxford, 2010, Págs. 623–643.

⁸⁶² Los mercados de capital internacionales pueden o no especializarse en la deuda de Estado, sin embargo, aquello no cambia su naturaleza. Dicho de otro modo, no por el hecho de dedicarse a tal segmento deben aplicar normas de derecho público local del deudor. Sobre el tema de mercados ver: Gene Frieda,

podría imprimir más billetes para pagar su propia obligación. La amplitud de riesgos⁸⁶³ de las operaciones es *grade* y no excluye o libera a parte alguna que interviene en las mismas.

Las emisiones de deuda “soberana” (negociables comercialmente en mercados internacionales), generalmente toman una forma elemental como bonos, préstamos o pagarés, algunos de los cuales pueden ser tratados por ley o en códigos comerciales como valores o instrumentos negociables y, generalmente, están sujetos a prácticas habituales y regulatorias similares a las transacciones arregladas para todos los prestatarios públicos o supranacionales. Su precio está vinculado a índices de confianza y riesgo país de cara a posibles incumplimientos o *default*.

De principio, calificar como “soberano” cualquier negocio no debería cambiar la naturaleza de la operación, tampoco el hecho de que el Estado tenga interés o participación accionaria de una empresa que realiza actividades comerciales, productivas o financieras cambia la naturaleza de dicha empresa del poder público que realiza actos soberanos.

Al respecto, en Ecuador la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁸⁶⁴ otorga facultades a dichas entidades que realicen actos de comercio, en competencia con privados, referidas a potestades exorbitantes de la administración pública propias de su ejercicio soberano, como el cobro de impuestos. Así, se reconoce jurisdicción coactiva a toda empresa pública dedicada a negocios lucrativos en un mercado abierto, a fin de que pueda cobrar sin un adecuado debido proceso, valores que, a su criterio, serían adeudados por clientes, usuarios o consumidores. Es decir, indebidamente se usa una potestad pública extraordinaria para el cobro de valores referidos a una relación comercial. Con la jurisdicción coactiva, el Estado de forma unilateral impondrá su poder y realizará el cobro, aun careciendo de derecho efectivo a ello.

Es necesario precisar que, procedimientos coactivos han promovido medidas cautelares contra el Ecuador, como en el caso de la llamada Ley 42 que determinó una participación

“Sovereign Debt Markets”, en *Sovereign Debt Management*, Edited by Rosa Maria Lastra, and Lee Buchheit, Oxford University Press, Oxford, 2014, Págs. 287–308.

⁸⁶³ Los riesgos son consustanciales a toda operación. Pensar en operaciones “libres de riesgos” conllevaría a que una parte tenga garantías o control total. No pueden existir operaciones libres de riesgo para todas las partes. Sobre el tema de riesgo ver: Bank for International Settlements, “Sovereign Risk: A world without risk-free assets?”, *BIS Papers* No.72. Basel, Monetary and Economic Department, 2013.

⁸⁶⁴ Registro Oficial Suplemento No. 48, 2009, Disposición General Cuarta.

mínima del 50% a favor del Estado en los ingresos que estaban recibiendo las empresas petroleras privadas y que, tras 18 meses de vigencia de dicha ley, el Gobierno de Rafael Correa elevó ese porcentaje, vía Decreto No. 662 de octubre de 2017, al 99%.⁸⁶⁵

Las medidas provisionales sobre impago de créditos internacionales están directamente ligadas a las condiciones del préstamo que establecen las modalidades de reestructuración y manejo de garantías.⁸⁶⁶ No operarían medidas provisionales dadas por tribunales internacionales o árbitros en general, pues de haber necesidad de aquellas, estas serían dictadas por jueces locales. En principio, las jurisdicciones más favorables a operaciones de crédito internacional, usualmente están en la sede de las entidades financieras que tienen una posición de privilegio, históricamente han destacado Nueva York y Londres. En resumen, en temas de deuda se ejecutan garantías y no se establecen cláusulas o compromisos arbitrales, en tal sentido, se prefiere la jurisdicción local extranjera.

La CIJ tiene una facultad incidental (*incidental jurisdiction*).⁸⁶⁷ La competencia incidental del tribunal se deriva del Art. 41⁸⁶⁸ de su Estatuto,⁸⁶⁹ y se vincula directamente a su jurisdicción *prima facie*.

En principio, hasta que una decisión pase en autoridad de cosa juzgada (*res judicata*), existe el poder de dictar medidas provisionales para la protección de los derechos de una de las partes en una controversia, en aras de mantener el *status quo*, y no agravar la situación de la parte demandante.

El análisis de la cosa juzgada tanto formal como material representa importantes dificultades prácticas y teóricas dentro del derecho comparado, ya que cada legislación en base a su tradición e historia le otorga características distintas. La noción de cosa

⁸⁶⁵ Natalia Zuleta, “Perenco v Ecuador: An Example of a ‘Lengthy, Complex, Multi-faceted, Hard Fought and Very Expensive’ Investment Arbitration?”, Kluwer Arbitration Blog, 2019.

⁸⁶⁶ Sobre la naturaleza de la deuda de los Estados y medios de litigación ver: Mauro Megliani, *Sovereign Debt: Genesis, Restructuring, Litigation*, Springer, Dordrecht, 2015, Pág. 24.

⁸⁶⁷ Sobre el ejercicio de la jurisdicción incidental ver: Patrick Jacob, “L’intervention devant la Cour internationale de justice à la lumière des décisions rendues en 2011: Lente asphyxie ou résurrection?” *Annuaire français de droit international*, no. 57., 2011, París, Págs. 213–234.

⁸⁶⁸ Así, la Corte tiene atribución para dictar las medidas provisionales que deban tomarse en resguardo de los derechos de las partes. Estas actuaciones deben ser notificadas al Consejo de Seguridad.

⁸⁶⁹ El Estatuto de la CIJ es parte integrante de la Carta de la ONU, 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap3.htm>

juzgada internacional⁸⁷⁰ implica la creación de una doctrina universalmente aceptada. Aquello de principio resulta difícil, razón por la cual es más confiable referirse a precedentes casuísticos y actuaciones de tribunales internacionales.

La modificación de las “actuales circunstancias” también puede afectar potencialmente al demandado. En tal sentido, todas las partes en una controversia pueden solicitar medidas provisionales. Todo Estado que tenga un interés jurídico puede solicitar la intervención de la CIJ. Conforme al Art. 62 del Estatuto de la CIJ, se habilita una jurisdicción incidental sin el consentimiento expreso de las partes.⁸⁷¹

En el caso de una disputa fronteriza, como sucedió entre Burkina Faso y Malí,⁸⁷² éstos presentaron una solicitud al tribunal para pedir medidas provisionales. Las medidas provisionales, si llegaren a ser concedidas, tienen por finalidad precautelar intereses, lo cual implica una importante dificultad para la CIJ de no pronunciarse sobre pretensiones. Puntualmente, el Estatuto de la CIJ⁸⁷³ establece que la Corte puede dictar las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de las partes, mientras se pronuncia el fallo, y en ese sentido, se deben notificar inmediatamente a ellas y al Consejo de Seguridad de la ONU.⁸⁷⁴

El hecho de solventar temas de objeciones a la jurisdicción es fundamental, ya que caso contrario podría suceder que se dicten medidas provisionales cuando la CIJ carece de atribuciones para hacerlo. A esta valoración previa se la conoce como examen de jurisdicción *prima facie*. El otorgamiento de medidas provisionales conceptualmente debería ubicarse luego de un examen previo de jurisdicción y antes de conocer o juzgar sobre el fondo de la materia. Existe un riesgo latente en que al momento de otorgarse medidas cautelares o provisionales se prejuzgue el fondo.

⁸⁷⁰ Benjamin Salas Kantor, and María Elisa Zavala Achurra, “The Principle of *res judicata* before the International Court of Justice: in the Midst of Comradeship and Divorce between International Tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 10, Issue 2, Oxford, June 2019. Págs. 288–306.

⁸⁷¹ Estatuto de la CIJ, Artículo 62 “1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir. 2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición. Disponible en:

<https://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>

⁸⁷² Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), International Court of Justice, 1983. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/69>

⁸⁷³ Estatuto de la CIJ.

⁸⁷⁴ *Ibidem*.

La CIJ ha dictado medidas provisionales en varios casos. Pensar que las medidas provisionales afectan la soberanía estatal carecería de respaldo casuístico normativo absoluto. Entre las medidas provisionales dictadas por la CIJ *no constan casos contra Ecuador* o casos que haya impulsado Ecuador.

El universo de dichas decisiones se resume a:

Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom vs. Iran); Interhandel (Switzerland vs. United States of America); Fisheries Jurisdiction (United Kingdom vs. Iceland); Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany vs. Iceland); Nuclear Tests (Australia vs. France); Nuclear Tests (New Zealand vs. France); Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan vs. India); Aegean Sea Continental Shelf (Greece vs. Turkey); United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran); Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America); Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua vs. Honduras); Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau vs. Senegal); Passage through the Great Belt (Finland vs. Denmark); Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom); Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United States of America); Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro); Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon vs. Nigeria: Equatorial Guinea intervening); Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand vs. France); Case Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay vs. United States of America); LaGrand (Germany vs. United States of America); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Belgium); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Canada); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. France); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Germany); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Italy); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Netherlands); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Portugal); Legality of Use of Force (Yugoslavia vs. Spain); Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. United Kingdom); Legality of Use of Force (Yugoslavia vs. United States of America); Armed

Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs. Uganda); Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America); Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo vs. France); Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay); Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America); Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia vs. Russian Federation); Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal); Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica vs. Nicaragua); Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia vs. Thailand); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua vs. Costa Rica); Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste vs. Australia); Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea vs. France); Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine vs. Russian Federation); Jadhav (India vs. Pakistan); Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar vs. United Arab Emirates); Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran vs. United States of America); y, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia vs. Myanmar).⁸⁷⁵

En el ámbito comunitario, destacan las medidas provisionales dictadas por el TEDH, donde se ha dispuesto a países miembros de la UE su acatamiento para evitar o no empeorar un daño concreto. Estas órdenes tienen un carácter previo o anterior a que el Tribunal haya tenido la oportunidad de conocer el fondo de los méritos. Aquello implica una dificultad importante, ya que se debe evitar adelantar criterios de juzgamiento o prejuzgar⁸⁷⁶ el caso, sin que las partes hayan expuesto sus defensas.

⁸⁷⁵ Referencia de la CIJ. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/cases-by-phase>

⁸⁷⁶ Las medidas provisionales son temporales y expiran una vez que el TEDH lo considera o cuando se dicta la decisión final. Sin embargo, según la doctrina y dentro del ámbito argumentativo, las medidas provisionales no expirarían del todo. La difícil coherencia que debe tener la decisión final con las medidas dictadas, impone al Tribunal una alta responsabilidad, por cuanto la primera no podría restar valor a las

Se ha advertido que varios casos referidos a temas comerciales y de inversión han llegado al TEDH,⁸⁷⁷ hecho que en la experiencia implicaría la ampliación de las medidas provisionales a ese campo.

Finalmente, cabe destacar que lo actuado por TEDH no ha tenido repercusión directa o indirecta al caso ecuatoriano.

5.3.2 Medidas Provisionales contra la República del Ecuador.

En el caso de Ecuador, las medidas provisionales con incidencia internacional tomadas en su contra no fueron tramitadas en virtud de leyes locales, aunque existen los medios para tal efecto. Es decir, no concurren normas diseñadas bajo el supuesto o hipótesis de que el Estado deba o pueda ser sancionado en virtud de responsabilidad internacional, lo dicho sin perjuicio de que una posible condena posterior pueda verse agravada.

Bajo el derecho administrativo, se entiende que la administración pública tiene la potestad de mantener el *status quo* más favorable a sus intereses (*autotutela conservativa*) junto al poder de usar la fuerza para conservar el orden. Aquello hace difícil la operatividad de las medidas provisionales a favor de inversionistas en este ámbito. En la práctica, dentro de litigios complejos de carácter internacional, resulta muy difícil separar afectaciones administrativas, civiles y penales.

En materia administrativa, al interior del país, según el COA caben las siguientes medidas provisionales⁸⁷⁸: 1. Secuestro; 2. Retención; 3. Prohibición de enajenar; 4. Clausura de establecimientos; 5. Suspensión de la actividad; 6. Retiro de productos, documentos u otros bienes; 7. Desalojo de personas; y, 8. Limitaciones o restricciones de acceso.⁸⁷⁹

Adicionalmente, en Ecuador las medidas provisionales son tratadas por el COGEP.⁸⁸⁰ Para determinar su procedencia se entiende que la parte interesada, antes de presentar su demanda o dentro del proceso, puede solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga, o se va a litigar, o de los bienes que aseguren el crédito. Así, para que

segundas, o determinar que fueron inútiles o innecesarias. Así mismo, por el contrario, las medidas provisionales no pueden contener ni inducir una decisión final o definitiva.

⁸⁷⁷ Operativamente, el TEDH tiene la facultad de dictar medidas provisionales en base a la Regla 39 de su Reglamento.

⁸⁷⁸ Lo referido sin perjuicio de las medidas contempladas en los numerales 14, 19 y 22 del Art. 66 de la C.E.

⁸⁷⁹ COA, Art. 180.

⁸⁸⁰ COGEP, Ley No. 0, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

opere el secuestro o la retención,⁸⁸¹ se debe probar la existencia de un crédito, y que los bienes del deudor no cubran el valor de la deuda.⁸⁸²

Por su parte en materia criminal, en Ecuador según el COIP⁸⁸³ caben las siguientes medidas provisionales de carácter protectivo: 1. Proteger los derechos de las víctimas; 2. Garantizar la presencia del procesado; 3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas o que desaparezcan elementos de convicción; y, 4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.⁸⁸⁴

En teoría, si se hubiesen dictado medidas provisionales adecuadas y oportunas, principalmente administrativas y penales, el Estado hubiera evitado condenas internacionales o la intervención de tribunales que potencialmente emitan medidas que pueden afectar su derecho público o su poder soberano de gobierno.

Las medidas provisionales son empleadas por la CIDH, dentro del objetivo de prevenir daños irreparables a derechos y libertades. Las personas que solicitan dichas medidas deben estar en una situación de extrema gravedad y urgencia, razón por cual, además pueden ser dictadas *ex officio*.

En materia de arbitraje internacional referido a disputas de inversión, los casos en los que se aplicaron medidas provisionales no fueron de carácter meramente comercial, sino que tuvieron incidencia en aspectos esenciales al derecho público local. Medidas provisionales en arbitrajes comerciales internacionales, según la materia, podrían igualmente afectar nociones de *bien general e interés público* del derecho administrativo. En este contexto, destacan casos como los siguientes:

3.1. Caso Occidental (II).

En el caso entablado por la empresa petrolera de Estados Unidos de América, conocido como Occidental (II),⁸⁸⁵ contra la República del Ecuador en el 2006,⁸⁸⁶ se solicitó como medida provisional que el país suspenda los efectos de la decisión

⁸⁸¹ COGEP, Art. 125.

⁸⁸² Ibidem, Art. 124.

⁸⁸³ COIP, Ley 0, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁸⁸⁴ Ibidem, Art. 519.

⁸⁸⁵ El número II distingue al presente caso de otro arbitraje previamente resuelto donde intervinieron las mismas partes. El primer proceso se refirió a temas tributarios en donde Ecuador fue condenado.

⁸⁸⁶ Occidental Petroleum Corp. and Occidental Exploration and Production Co. vs. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.

administrativa que declaraba la caducidad del contrato de concesión petrolera. Los efectos de la pretendida suspensión implicaban que se regresara la operación petrolera a la empresa, tanto en su ámbito operativo como comercial. Dicha solicitud fue denegada, no obstante, en la decisión de fondo se condenó al Estado.

Cabe preguntarse si el hecho de haberse dictado medidas provisionales hubiera o no aminorado la condena contra el Ecuador, además de haber evitado un litigio tan extenso en el ámbito temporal.

3.2. Caso Chevron.

En el presente caso, la empresa petrolera de Estados Unidos de América Chevron y TexPet⁸⁸⁷ en el 2006 solicitó, a título de medidas provisionales internacionales, la suspensión de las medidas judiciales que habían sido dictadas en una disputa previa contra nativos locales (juicio de Lagio Agrio). El tribunal arbitral aceptó la solicitud indicando, además, que se le debía informar sobre su cumplimiento.

Este caso es particularmente interesante ya que impuso medidas provisionales contra la Función Judicial, lo cual no se encuentra prevista en la legislación local de la República del Ecuador. Además, no existía una conexión entre los sujetos procesales del arbitraje con los del juicio local, lo que aumentó la dificultad conceptual del tema.

3.3. Caso Perenco.

Respecto del caso planteado por la empresa petrolera francesa Perenco contra la República del Ecuador en el 2008,⁸⁸⁸ se solicitó, entre otras pretensiones, que su situación no se agrave al promover cobros coercitivos de una ley tributaria (Ley 42), ni se promuevan acciones judiciales contra sus representantes. En este caso, las medidas fueron aceptadas por el tribunal arbitral. El presente caso es igualmente interesante, ya que se refiere a acciones de abstención.

En tal sentido, el Estado debía abstenerse de iniciar cualquier reclamo judicial o coactivo. Además, por orden de un tribunal arbitral internacional se dejó sin efecto una ley local vigente. Al respecto, es interesante analizar la capacidad del tribunal

⁸⁸⁷ Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, PCA Case No. 2009-23.

⁸⁸⁸ Perenco Ecuador Ltd. vs. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6.

para aquello y, subsidiariamente, analizar si la suspensión fue de carácter general o únicamente aplicable a las partes en litigio (*erga omnes versus ex parte*).

Cabe preguntarse si los arbitrajes de inversión que se atendieron en instancia supranacional son una mixtura de derecho civil y de derecho administrativo, destinados a resolver casos de inversionistas extranjeros; o sí, por el contrario, su papel se limita a la valoración de daños ante una afectación de intereses económicos.

En principio, al influir el arbitraje de inversión sobre la voluntad de los Estados a través de tratados internacionales, se pretende moderar el carácter y alcance de este procedimiento internacional. En particular, es importante encontrar un equilibrio entre la oportunidad de las medidas provisionales, el nuevo agravamiento de la situación y el respeto a las facultades soberanas.

Los casos de medidas provisionales dictados contra el Ecuador son emblemáticos a nivel mundial y, por su temática, causan una evidente fricción entre el derecho local y el derecho internacional.

4. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS CONTRA ESTADOS SOBERANOS.

4.1. Ejecución de Sentencias contra Estados Soberanos.

La ejecución de laudos y sentencias contra Estados soberanos es el punto final dentro del largo y difícil proceso de buscar reparación o resarcimiento derivada de responsabilidad internacional del Estado.

Este tema, doctrinalmente, se encasilla dentro del DIPr, sin embargo, sus implicaciones tienen un carácter eminentemente de derecho público, ya que hace referencia a privilegios e inmunidades recíprocamente otorgados y reconocidos entre Estados soberanos.

La ejecución de sentencias⁸⁸⁹ ha tenido una importancia histórica en asuntos de naturaleza penal o criminal. Debe tenerse en claro que, recién a partir de la creación de la CPI puede

⁸⁸⁹ El reconocimiento de sentencias penales extranjeras tiene dos dimensiones: en un sentido amplio y en un sentido estricto, en razón de los efectos que puede producir desde el principio *non bis in idem*, hasta temas de Cooperación Judicial Internacional que posibilitan efectivizar una sentencia. La UE estableció el reconocimiento mutuo de las decisiones penales como la “piedra angular” de un espacio común de libertad,

hablarse de condenas internacionales propiamente dichas, ya que en la gran mayoría de casos se trata de sentencias locales dictadas en una jurisdicción particular que pretenden ser cumplidas en otro territorio.

Depende del Estado y sus políticas el acceder o no al cumplimiento de tales órdenes judiciales o incluso oponerse a ellas a través del otorgamiento de protección diplomática o asilo.⁸⁹⁰ El denominado Código de Derecho Internacional Privado⁸⁹¹ Sánchez de Bustamante, como la más importante normativa de carácter general en la región, omite expresamente el tema de ejecución de sentencias contra Estados soberanos.

El Código Sánchez de Bustamante⁸⁹² hace mención a sentencias de orden civil o contencioso-administrativas dictadas en uno de los Estados contratantes que podrían ejecutarse en otro territorio, para cuyo efecto, deben observar parámetros mínimos de debido proceso, como por ejemplo, la competencia del juzgador y no ser contrarias a la moral o al orden público del Estado donde se pretenden ejecutar. No obstante, no se establece hipótesis alguna de sentencias contra el poder público o referidas a responsabilidad internacional del Estado.

Las sentencias en materia contencioso-administrativa implican de una u otra forma incluir temas referidos a los Estados o a la administración pública, hipótesis que difiere de la responsabilidad internacional del Estado establecida por tribunales internacionales o procesos arbitrales. Adicionalmente, el administrado que consigue una sentencia condenatoria en instancias administrativas, difícilmente podría lograr una ejecución en Estados extranjeros donde se ubican sus bienes e intereses, ya que en el común de los casos van a estar protegidos por privilegios e inmunidades diplomáticas. Lo adecuado, entonces, es ejecutar la sentencia administrativa en el mismo país para satisfacer

seguridad y justicia, lo que tuvo una serie de consecuencias para la RFPJ, situación que no ha sucedido ni lejanamente en América Latina.

⁸⁹⁰ En Ecuador destacan los siguientes casos de asilo solicitados por ex presidentes de la República: Antonio Borrero Cortázar, asilado en Colombia en 1877; Lizardo García Sorroza, asilado en Colombia en 1906; Abdalá Bucaram Ortiz, asilado en Panamá de 1985 a 1988 y de 1996 a 2017; Gustavo Noboa Bejarano, asilado en República Dominicana en 2003; y, Lucio Gutiérrez Borbua, asilado en Brasil en 2005. Cabe precisar que Presidentes de otros países no han recibido asilo político por parte de Ecuador. Destaca el asilo otorgado por el gobierno del Ecuador al ciudadano australiano Julian Paul Assange el 16 de agosto de 2012, quien nunca recibió salvoconducto y posteriormente el asilo fue retirado en abril de 2019.

⁸⁹¹ Código Sánchez de Bustamante, La Habana, 20 de febrero de 1928. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf

⁸⁹² Ibidem, Art. 423.

económicamente la reparación pretendida, a través del cese o suspensión de los efectos de los actos administrativos.

El Código Sánchez de Bustamante en realidad no ofrece respuestas objetivas ni sustanciales, ya que actúa como una norma de remisión a la *lex fori*, que para el caso no es otra cosa que aplicar la norma procesal del Estado donde se pretende la ejecución de la sentencia. Cabe anotar que el principio de *lex fori*⁸⁹³ es una regla de DIPr que vincula a la ley aplicable con la ley del juez o foro judicial. Excepcionalmente, y sobre la base de tratados internacionales, un juez puede dejar de aplicar su propia ley para tomar una ley extranjera (*lex cause*).

Las normas de remisión, para el caso puntual, determinan que la ejecución de una sentencia debe operar por petición de parte a través del juez competente, previo al cumplimiento de las formalidades locales.⁸⁹⁴ La resolución que se obtenga podrá ser impugnada conforme a los recursos locales previstos, respecto de sentencias declarativas de mayor cuantía.⁸⁹⁵

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,⁸⁹⁶ sin guardar reparos sobre la especialidad de distintas materias, unifica el tratamiento de cuestiones arbitrales⁸⁹⁷ ya reguladas con éxito por la DTCV sobre ejecución de laudos, y los temas de derecho procesal local con efectos de extranjería. Al igual que el Código Sánchez de Bustamante, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros no otorga respuestas ni soluciones procedimentales o sustanciales efectivas y tampoco es una norma válida para la unificación del derecho. En ninguno de sus artículos

⁸⁹³ El principio *lex fori* tiene una validez tanto en derecho continental como en el *common law*. Así se ha expresado: “While the English court will assume the competence of the foreign court in the plaintiff’s favour, and will look to the foreign law merely to assist it in determining whether the English requirement of finality is fulfilled, it is English law alone which decides the really vital question whether or not the foreign court was, in the international sense, competent. The *lex fori* also decides whether the foreign judgment is impeachable, i.e., ought to be denied recognition and /or enforcement, upon the grounds of public policy, fraud, or lack of notice to the defendant.” Sobre el tema ver: Philip R. H. Webb, “Some Thoughts on the Place of English Law as *Lex Fori* in English Private International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10 (4), Cambridge University Press, Cambridge, 1961. Pág. 886.

⁸⁹⁴ Código Sánchez de Bustamante, Art. 424.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, Art. 425.

⁸⁹⁶ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 1979. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html>

⁸⁹⁷ *Ibidem*

trata sobre sentencias o laudos emitidos contra Estados soberanos, dejando la materia de responsabilidad del Estado otra vez intocada.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros utiliza la fórmula de la *lex fori* para entregar competencia al juez local del Estado donde se pretende la ejecución del laudo o la sentencia. Puntualmente, en la referida Convención se prevé que los procedimientos y competencia, a efectos de la ejecución de sentencias y laudos extranjeros, se regulen por la ley local del Estado que conoce de la solicitud.⁸⁹⁸

Por lo tanto, las convenciones internacionales más representativas en el continente americano no nos dan respuestas concluyentes sobre la ejecución de sentencias extranjeras, por el contrario, se limitan a hacer una remisión al derecho local del Estado donde se pretende su reconocimiento, razón por la cual, indefectiblemente se concluye que el universo normativo en la materia es la legislación procedimental local.

Históricamente, en el derogado Código de Procedimiento Civil el orden público era el parámetro principal para determinar la posibilidad de cumplir sentencias extranjeras o laudos arbitrales. La excepción de “orden público” sin duda alguna es muy general y de un contenido muy difuso, sin que exista una excepción más fuerte. En tal sentido, las disposiciones del referido código hubiesen hecho muy difícil la ejecución de sentencias extranjeras en contra de la República del Ecuador, bajo el sentido de que la inmunidad soberana es un tema de orden público.

En la República del Ecuador, las nuevas normas adjetivas⁸⁹⁹ contenidas en el COGEP⁹⁰⁰ regulan los aspectos atinentes al reconocimiento, homologación y ejecución de sentencias otorgadas en el extranjero. Interesantemente, en ninguna de las hipótesis previstas en sus disposiciones se incluyen casos que hagan mención al Estado como demandado y menos aún la posibilidad de ejecuciones en su contra, en referencia a teorías de inmunidad

⁸⁹⁸ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Art. 6.

⁸⁹⁹ Hasta el 2015 se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil, que al respecto establecía en su Art. 414 lo siguiente: “Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público o a cualquier ley nacional y si estuvieran arregladas a los tratados vigentes. A falta de tratados, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo: a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y, b) Que la sentencia recayó sobre acción personal”.

⁹⁰⁰ COGEP, Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

internacional, para el reconocimiento de sentencias y laudos. Si el demandado no tiene su domicilio en la República del Ecuador, la competencia se da en razón del lugar donde se sitúan los bienes pretendidos.

El COGEP, a más de admitir sentencias y laudos, incluye actas de mediación pasadas en autoridad de cosa juzgada.⁹⁰¹ Destaca el hecho de que se da igual tratamiento a sentencias, laudos y actas de mediación, a pesar de ser procedimientos distintos que internacionalmente tienen diferente conceptualización y mecanismos especializados para su reconocimiento y ejecución.

La legislación ecuatoriana no prevé competencia específica a órgano alguno para reconocer o ejecutar sentencias contra entidades públicas locales, empresas gubernamentales o el Estado en su integridad. En caso de existir un laudo, una sentencia u acta de mediación internacional o extranjero tendría que extenderse el sentido de la norma referida, lo cual genera dificultades, ya que la competencia es mandatoria y al no estar expresamente prevista los jueces podrían negarse a la ejecución o reconocimiento.

La referida norma utiliza la regla tradicional del DIPr *lex rei sitae*⁹⁰² que otorga la competencia al órgano judicial en razón del territorio vinculando al sitio de ubicación de los bienes sobre los cuales se pretende ejecutar la sentencia, sin embargo, en demandas internacionales contra el Estado aquello genera varios cuestionamientos importantes.

Sobre la homologación y sus efectos, la legislación de Ecuador expresa que, las sentencias, laudos y actas de mediación que hayan sido homologados tendrán el valor que les concedan los tratados internacionales vigentes, sin que sea admisible volver a revisar el fondo del caso.⁹⁰³ La norma anotada se consolida sobre la abstención. Si bien, en principio, los instrumentos internacionales vigentes tienen una aplicación directa, el hecho de reconocerlo en una ley procesal no cambia la naturaleza mencionada, sin embargo, frente a jueces que pueden desconocer funciones mínimas del derecho

⁹⁰¹ *Ibidem*, Art. 102.

⁹⁰² La regla o solución romanista "*lex rei sitae*" no ha perdido vigencia. Se trata de un principio que vincula a los derechos reales con el ordenamiento jurídico del lugar de localización de los bienes inmuebles, con el propósito de determinar la ley aplicable. Es necesario aclarar que, los derechos sobre bienes muebles suelen seguir puntos de conexión personales, como por ejemplo: la nacionalidad, residencia, domicilio, etc.

El Título Preliminar del C.C. del Ecuador, inspirado en Código Civil de Chile, recoge la regla *lex rei sitae*, en su Art. 15. En tal sentido expresa que, los bienes localizados en Ecuador están sujetos a la ley local, aunque sus dueños sean extranjeros o residan en otra nación. Cabe la posibilidad de que sobre dichos bienes se celebren contratos válidos en nación extranjera.

⁹⁰³ COGEP, Art. 103.

internacional puede tener validez práctica. Cabe mencionar que, los instrumentos internacionales aplicables a sentencias, laudos o actas de mediación tienen procedimientos totalmente distintos.

En el caso de disputas resueltas por el CIADI, se entendería que los laudos no deben ser reconocidos en absoluto por los órganos judiciales locales, sino que deben ser cumplidos de forma directa.

En Ecuador son títulos de ejecución, entre otros, las sentencias, los laudos arbitrales y las actas de mediación expedidos en el extranjero y debidamente homologados.⁹⁰⁴ Aquello equivale a decir que una sentencia o laudo extranjero homologados requieren de un procedimiento local ejecutivo, al igual que las sentencias o laudos expedidos en el país. La legislación ecuatoriana ha dado competencia a la correspondiente Corte Provincial de Justicia para conocer el procedimiento de homologación. En tal contexto, se debe verificar el cumplimiento de formalidades externas de autenticidad. El instrumento debe estar en firme, sin posibilidad de que pueda ser recurrido y, además, corresponderá probarse que la pieza a ser homologada no sea contraria a la C.E. ni a la legislación vigente.⁹⁰⁵

El COGEP vuelve a carecer de la hipótesis que hace referencia al Estado, sus órganos o instrumentalidades, especialmente su inmunidad en el ámbito internacional. Por extensión, podría entenderse que se debe contar con el Procurador General del Estado conforme la ley especial existente,⁹⁰⁶ sin embargo, aquello no es evidente ya que el juez podría declinar su competencia si el procedimiento previsto en la ley no fue ideado respecto al Estado u otras entidades públicas. Las medidas de ejecución, incluidas el embargo y el remate, establecidas en la legislación ecuatoriana prevén hipótesis referidas a los gobiernos autónomos locales, entidades públicas, empresas gubernamentales y el gobierno central, las cuales ponen en abierta desventaja a quien tenga una sentencia contra el Estado ecuatoriano suscrita en territorio extranjero.⁹⁰⁷

⁹⁰⁴ COGEP, Art. 363.

⁹⁰⁵ COGEP, Art. 104.

⁹⁰⁶ En toda demanda contra el Estado corresponde citar o notificar obligatoriamente al Procurador General del Estado, por ser su representante judicial, tanto local como internacional. La omisión de este requisito ocasiona la nulidad absoluta de lo actuado en el proceso. Sobre el tema ver: LOPGE, Art. 6, publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de abril del 2004.

⁹⁰⁷ Cabe anotar que la referida limitación se hace extensiva a las sentencias, laudos y actas de mediación otorgadas en territorio nacional.

Si bien por un lado la ley procesal ecuatoriana no admite hipótesis ni establece procedimientos sobre la ejecución de sentencias o laudos contra el Estado; la legislación monetaria y financiera⁹⁰⁸ sí lo hace de forma expresa al señalar que, los bienes públicos o del Estado y en particular sus cuentas no pueden ser embargados ni ser objeto de medida procesal alguna, aún en cumplimiento de sentencias o laudos que en base a la determinación de responsabilidad internacional hayan establecido obligaciones exigibles.

La legislación monetaria y financiera de Ecuador es particularmente especial, ya que el país no tiene moneda propia desde 1999.⁹⁰⁹ La C.E. de 2018 no estableció expresamente que el país tendría una moneda propia, ni menos aún le otorgó alguna denominación o nombre.

La imposibilidad de iniciar procesos de ejecución contra recursos monetarios, que por su naturaleza de liquidez son los más accesibles, resta oportunidad de que un ciudadano, empresa o entidad extranjera pueda resarcirse de los perjuicios recibidos en la forma y cuantía previstos en una sentencia favorable. La legislación financiera especializada expresa que el capital del BCE, constituido por los aportes en dinero o especies que efectúe el ente rector de las finanzas públicas, es de propiedad exclusiva, intransferible e *inembargable* de la República del Ecuador.⁹¹⁰

Por lo expuesto, todas las deudas y acreencias que pueda tener el BCE no pueden ser objeto de transferencia, ejecución o embargo por entenderse propiedad de la República del Ecuador, afirmación que denota una teoría soberana de privilegios unilaterales en favor del poder público, entre los que destaca la inmunidad de jurisdicción. Así, existiendo una sentencia o laudo internacional, al interior del país no hay forma de ejecutarlos, aunque el Estado tenga el dinero y liquidez suficiente.

Como se observa, en Ecuador una ley local establece *inmunidad soberana* para operaciones internacionales o en el exterior, en virtud de la cual, todos los depósitos de

⁹⁰⁸ COMF, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 332 de 12 de septiembre de 2014.

⁹⁰⁹ La dolarización de la economía de Ecuador pasó de ser un hecho material a tener reconocimiento jurídico. “Para fines de los noventa, el BCE indica que las captaciones de depósitos en dólares pasaron de 20 % en 1996 a 54 % en 1999. Para diciembre de 1999, 77 % de la cartera de crédito por vencer del sistema financiero estaba dolarizada. La crisis cambiaria pronto se volvió una crisis financiera. Y esta solo se detuvo cuando el país fue dolarizado formalmente.” Sobre el tema ver: Noticia: Diario El Universo, Una historia de la dolarización, 10 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/opinion/2020/01/10/nota/7683258/historia-dolarizacion>

⁹¹⁰ COMF, Art. 29.

toda entidad pública, incluido el BCE, ubicados en el país como en el *exterior*, son inembargables, en tal sentido, no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio ni medida preventiva o cautelar.

De igual forma, el Ecuador en la referida norma legal local se compromete además a otorgar igual trato a los activos depositados en Ecuador, bajo el principio de reciprocidad internacional.⁹¹¹ En este orden de ideas, el principio de reciprocidad debería estar contenido en instrumentos internacionales y no en una ley local que no vincula en absoluto a otros Estados o jurisdicciones. De hecho, se trata de un compromiso unilateral. Queda claro entonces que lograr la ejecución de una sentencia por responsabilidad internacional contra Ecuador es algo difícil y complejo, en tanto el país no tenga la voluntad de pago simplemente no existiría recurso alguno.⁹¹²

Particular importancia en el contexto internacional ha tenido la ejecución o embargo de reservas financieras existentes en otros países.⁹¹³ El común de países en el mundo, incluido el Ecuador, tiene depositada su reserva o parte de ella en bancos extranjeros. Ecuador, una vez más a través de una norma local como es el COMF, intentó legislar con efectos supranacionales, al establecer que los bienes y recursos que integran los activos externos de Ecuador son inembargables, gozan de inmunidad soberana y no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio, medida preventiva o cautelar ni de ejecución.⁹¹⁴

La norma citada sin duda alguna es lo más explícita, no obstante, no cabe establecer inmunidad de jurisdicción con efectos internacionales mediante una norma local. Al respecto: ¿por qué ciudadanos, bancos o jueces de otros continentes y/o latitudes deberían cumplir la ley de Ecuador sobre su propia normativa local?.

⁹¹¹ Ibidem, Art. 46.

⁹¹² Incluso el Estado, incumpliendo el mandato legal expreso, no ha satisfecho el pago de jubilaciones, caso en el cual la huelga de hambre ha sido el recurso de hecho utilizado, en aras de conmover la sensibilidad de las autoridades.

⁹¹³ El caso de Venezuela es excepcional al entregar oro físico en garantía a prestamistas extranjeros, para ejecución directa. En el común de los casos, los contratos de préstamos buscaran blindarse por privilegios e inmunidades. Sobre el tema ver: “Debido al incumplimiento de los pagos por parte de Venezuela, el banco liquidó un swap recibido por un préstamo en efectivo de 750 millones de dólares que otorgó en 2016 a ese país.” Noticia, “Deutsche Bank liquida 20 toneladas de oro venezolano por falta de pago”. Deutsche Welle (DW), 06 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.dw.com/es/deutsche-bank-liquida-20-toneladas-de-oro-venezolano-por-falta-de-pago/a-49078972>

⁹¹⁴ COMF, Art. 136.

El sentido que busca el Estado es que toda condena en el exterior sea inejecutable en el país y en el exterior. Ecuador se cubrió bajo el privilegio de inmunidades para no cumplir sus obligaciones al prohibir todo tipo de apremio, medida preventiva, medida cautelar y de ejecución, dejando sin capacidad de resarcimiento efectivo a quien haya recibido una sentencia o laudo extranjero favorable. Lo dicho, incluso respecto de Estados extranjeros o sus instrumentalidades. En caso de litigios entre Estados, el mencionado principio de reciprocidad incluido en el COMF se mira aún más confuso.

Las personas, empresas o Estados extranjeros que lleguen a obtener una sentencia o laudo favorable tampoco podrían acceder a los recursos del seguro de depósito en caso de que la responsabilidad internacional del Estado haga mención a un ajuste de deudas o impagos financieros.

La práctica muestra que tanto bancos comerciales como bancos de inversión utilizan las garantías como primera forma de recobrar los créditos, evitando de esta manera largos litigios y la posibilidad de que no se liquiden las deudas pendientes aun existiendo sentencias favorables. La determinación de “garantía soberana”, cuando los activos pueden ser ejecutados en el extranjero, pierde abiertamente su capacidad protectora de inmunidad. La denominación de deuda sobre garantía soberana explícitamente pretende cubrir con un velo de privilegios e inmunidades a posibles incumplimientos que puedan presentarse. En caso de no existir garantías efectivas y realizables, el litigio contra un Estado soberano se vuelve largo, costoso e incierto.

En la práctica los grandes acreedores se respaldan en garantías de ejecución inmediata, sin embargo, quien no tiene poder para exigir aquello no podrá resarcirse, aún obteniendo un laudo o sentencia favorable, a lo que debe agregarse los costos de litigar infructuosamente teniendo la razón.

La oposición junto a la ausencia de mecanismos de cobro factibles hace muy difícil concretar un resarcimiento oportuno dispuesto en una sentencia o laudo, ello a pesar de que el Estado tiene la posibilidad de recuperar los dineros objeto de indemnización a través de la acción de repetición contra los funcionarios y autoridades públicas que fueron directamente responsables de la violación del derecho y la determinación de la responsabilidad internacional del Estado. Como se analizó oportunamente, en Ecuador la acción de repetición está prevista en la C.E., en la LOGJCC, en el COA y el COGEP.

Esta hipótesis se da ante pagos voluntarios ya que, como se ha analizado, no es factible ejecutar sentencias contra bienes o dineros del Estado.

Cuando las condenas internacionales se han originado como consecuencia de la aplicación de procedimientos públicos legales, según el derecho local, la repetición no se mira factible. Revisada la casuística, en la práctica, el saldo de dineros recuperador por vía de repetición no es favorable para el país.

4.2. Ejecución de Laudos contra Estados Soberanos.

Determinar si un Estado soberano debe cumplir o no sus obligaciones derivadas de laudos internacionales, *ultima ratio* depende del principio de *buena fe*. En este punto, resulta complejo el justificar ante autoridades locales de control que el Estado ha sido condenado por actos que no son contrarios al ordenamiento jurídico interno.

Pese a lo mencionado, Ecuador ha cumplido en debida forma todas sus obligaciones derivadas de condenas impuestas en arbitrajes comerciales y de inversión, sin poner dilaciones injustificadas a su acatamiento. Al respecto, no se conoce que la CGE haya glosado o determinado responsabilidades a funcionarios públicos que ordenaron o realizaron los pagos para satisfacer las condenas internacionales.

En caso de que existiera oposición a cumplir directamente lo que establecen los laudos arbitrales, existen dos escenarios definidos:

1. En arbitraje comercial internacional debe recurrirse a los tratados internacionales específicos para la ejecución y reconocimiento de laudos expedidos en el extranjero. Poco o ningún efecto tendrá la invocación de leyes internas, ya que estas no resuelven los problemas propios del DIPr como el reenvío.⁹¹⁵
2. En caso de arbitraje de inversión ante el CIADI, se entiende que los laudos arbitrales no están sujetos a reconocimiento y ejecución, es decir, no son

⁹¹⁵ El reenvío opera ante los conflictos negativos de jurisdicción. Su estudio tiene origen en el conocido caso “Forgo” resuelto por la Corte de Casación de Francia el 24 de junio de 1878. No obstante, antes de esta fecha es evidente que existieron casos de reenvío de primer y segundo grado, así como circulares. El reenvío es más un hecho que un medio de solución de conflictos, debido a que, en muchos casos, por su intermedio no puede encontrarse soluciones eficientes.

asimilables a los laudos extranjeros de carácter comercial. Aquello, en primer lugar, bajo la premisa de que se trata de un laudo propiamente internacional que no puede ser atribuido a jurisdicción extranjera en particular en el que intervenga la *lex arbitri*; y, en segundo lugar, porque quienes acceden al sistema han aceptado expresamente sus reglas que contemplan dicha operatividad.

Ecuador, a diferencia de Argentina,⁹¹⁶ no ha propuesto teorías sobre la necesidad de reconocer o ejecutar laudos arbitrales de inversión del CIADI. Interesantemente, en los arbitrajes de inversión *ad hoc*, tramitados bajo reglas CNUDMI (UNCITRAL), u otros, la *lex arbitri* cumple un rol fundamental en lo referente a reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Así mismo, respecto a una posible nulidad la *lex arbitri* igualmente es gravitante.

4.3. Balance.

La *lex arbitri* es fundamental en materia procesal, tanto en una dimensión de ley aplicable hasta incluir temas sustanciales. Aspectos tanto externos como internos del arbitraje se resuelven por la *lex arbitri*, sin ella el arbitraje sería un cuerpo sin esqueleto o estructura.

Como corolario a un balance de resultados, la situación del Ecuador puede resumirse de la siguiente forma:

- Ecuador ha sido demandado en 25 ocasiones⁹¹⁷ en procedimientos de arbitraje internacional por temas de inversión, que representan los procesos más importantes y cuantiosos, a lo que se agrega el hecho de que pueden ser iniciados

⁹¹⁶ La tesis argentina resulta única al pretender no cumplir directamente los laudos arbitrales. Pensar en otras fórmulas, más allá del principio de *bona fides*, representa dificultades. Al respecto, tenemos que: “Uno de los principales problemas que se le presentan a los inversionistas extranjeros cuando logran obtener un laudo condenando a la Argentina, es que el Estado argentino no dispone de importantes bienes en terceros países como para poder ejecutarlos y satisfacer sus créditos. La propuesta de incorporar en los TBI una cláusula que garantice a los inversionistas extranjeros que, ante un incumplimiento contractual, el cual haya sido resuelto posteriormente en un tribunal arbitral del CIADI, el Estado argentino contará con la liquidez necesaria para afrontar la condena patrimonial.” Sobre el tema ver: Juan P. Rivero, *La Ejecutabilidad de los Laudos del CIADI y los TBI en la República Argentina*, XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Buenos Aires, 2013, Pág. 494.

⁹¹⁷ Esa información puede ser recabada en los registros públicos que existen sobre la materia, principalmente en las publicaciones de las instituciones arbitrales donde se llevaron los casos. Se entiende que no existe un número considerable de casos desconocidos que se hayan llevado con confidencialidad, ya que, por su naturaleza, las disputas de inversión suelen ser abiertamente públicas.

por particulares y empresas extranjeras, sin el respaldo o auspicio de su Estado, como en otras cortes internacionales de justicia.

- Ecuador ha tenido ingentes condenas con montos sumamente importantes, llegando incluso a establecer el récord del laudo más cuantioso del mundo en su época (un monto de 1.769.625.000,00 USD), dentro el caso Occidental.⁹¹⁸
- Paradójicamente, Ecuador no ha aprovechado ni se ha beneficiado del sistema internacional de resolución de controversias en materia de inversión, particularmente del arbitraje internacional. En otras palabras, ningún inversionista de Ecuador ha activado un TBI o cláusula de un contrato para iniciar reclamos de inversión contra terceros países. Incluso Venezuela y Bolivia, que también han sido fuertes opositores al sistema del CIADI, han activado el mismo a través de sus inversionistas en los casos: IGB (2012)⁹¹⁹ y Clay Pacific (2009).⁹²⁰ A pesar de la relevancia del dato, cabe mencionar que ninguna de esas demandas llegó a culminar exitosamente.
- Ecuador tiene un historial de cumplimiento directo y efectivo de sus obligaciones internacionales, pues en ninguno de los casos perdidos ha argumentado temas constitucionales o de derecho público para procurar el impago de sus obligaciones⁹²¹ o exigido el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, a través de mecanismos internacionales, regionales o locales, como forma de impedir o limitar el cobro de los montos fijados dentro de la determinación de responsabilidad internacional del Estado.
- El elevado número de cuantiosas derrotas fueron la causa subyacente para la declaratoria de inconstitucionalidad de los TBIs, así como la denuncia del sistema

⁹¹⁸ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. Republic of Ecuador (II), ICSID Case No. ARB/06/11.

⁹¹⁹ IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. vs. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/ 12/17).

⁹²⁰ Únete Telecomunicaciones S.A. and Clay Pacific S.R.L. vs. Ecuador (2009).

⁹²¹ Existen casos en los cuales, ante la falta voluntaria o directa de cumplimiento de un laudo, se dan embargos internacionales, tal es el caso por ejemplo de: “Embargo a Guatemala de más de 15M\$ en EE.UU. para cumplir laudo de Tecoco. El Ministerio de Finanzas Públicas del Gobierno de Guatemala comunicó el embargo de 15,75 millones de US dólares en el marco del arbitraje con Tecoco Energy, por el que se condenó al país centroamericano al pago de 35,4 millones de dólares. Los fondos, que habían sido depositados para el pago de intereses del eurobono, fueron congelados tras la orden de un tribunal de Nueva York en el proceso de ejecución del laudo del arbitraje entre Tecoco y Guatemala, en el que un tribunal del CIADI resolvió (...) sobre la petición de Decisión suplementaria registrada por los demandantes tras la emisión del laudo en el mes de mayo pasado.” Sobre el tema ver:

CIAR Global, la Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana, 5 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://ciarglobal.com/embargo-a-guatemala-de-mas-de-15m-en-ee-uu-para-cumplir-laudo-de-teco/>

CIADI, principal centro internacional de disputas especializadas en dicha materia. Si el país no hubiera sido demandado y los tratados internacionales activados reiteradamente, éstos hubiesen pasado por desapercibido.

- Ecuador no ha perdido todos los casos de arbitraje internacional de inversión, puesto que el país ha tenido tres procesos librados sin condena, esto son: Albacora,⁹²² EnCana⁹²³ y Ulysseas.⁹²⁴ Adicionalmente, existen casos sin condena del tribunal por ser discontinuados, a saber: Técnicas Reunidas⁹²⁵ y Noble Energy Inc.⁹²⁶

Por otra parte, existen casos importantes en donde ha intervenido el Ecuador en aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, estos son:

1. Republic of Ecuador vs. Chevron, tramitado ante el Court of Appeals for the Second Circuit en U.S.⁹²⁷ La conclusión tomada en el caso fue la siguiente: “We have considered all of the parties’ arguments and have found in them no basis for reversal. For the foregoing reasons, the judgment of the district court is AFFIRMED”.
2. Republic of Ecuador vs. Occidental Exploration and Production Company,⁹²⁸ tramitado en el Queen's Bench Division Commercial Court del Reino Unido. La resolución tomada en el caso fue la siguiente: “We accept that the English principle of non-justiciability cannot, if it applies, be ousted by consent. We are however concerned with issues regarding its proper scope and interpretation in a novel context. The considerations which we have identified in paragraphs 51-56 above all militate against an understanding of that principle, in either of its aspects, which would tend, if anything, to undermine the chosen scheme of those involved. They reinforce the conclusion that we would, for reasons summarised in paragraphs 31-47 above, anyway reach. For these reasons, we would conclude

⁹²² Albacora S.A. vs. Republic of Ecuador, Permanente Court of Arbitration, case No. 2016-11.

⁹²³ EnCana Corporation vs. Republic of Ecuador, The London Court of International Arbitration, Case No. UN3481.

⁹²⁴ Ulysseas, Inc. vs. The Republic of Ecuador, Permanente Court of Arbitration, case No. 2009-19.

⁹²⁵ Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A. c. Republic of Ecuador, CIADI Caso No. ARB / 06/17.

⁹²⁶ Noble Energy c. Republic of Ecuador and National Electricity Council, CIADI Caso No. ARB / 05/1.

⁹²⁷ Republic of Ecuador vs. Chevron, 2011. Disponible en: <http://www.newyorkconvention.org/webcore/search?search=ecuador>

⁹²⁸ The Republic of Ecuador vs. Occidental Exploration and Production Company, [2005] EWHC 774 (Comm). Disponible en: <http://www.newyorkconvention.org/webcore/search?search=ecuador>

that the judge reached the correct conclusion and would dismiss Occidental's appeal in respect of Aikens J's determination of the preliminary point in favour of Ecuador."

En palabras de cierre, pese a que Ecuador tiene una normativa local fundada en una noción de inmunidad absoluta, que haría imposible la exigencia local de pago, ha cumplido voluntariamente con la cancelación de cuantiosas sumas en arbitrajes de inversión. El monto contingente en temas de derechos humanos no tiene comparación con el derivado en disputas de inversión.

Conclusiones a la Tercera Parte.

Cabe la posibilidad cierta de que el Estado pueda ser demandado internacionalmente y condenado por actos o hechos que se dieron conforme a su derecho local.

La noción de jurisdicción internacional es compleja, en principio dista del sometimiento a cortes locales extranjeras, situación que puntualmente es contraria a las doctrinas latinoamericanas. Los funcionarios públicos de Ecuador no están exentos de ser demandados ante los referidos foros, como efectivamente ha ocurrido.

En el sistema de la OMC no existe la figura de cosa juzgada formal ni material, pudiendo volver a discutirse sobre los mismos temas. En el contexto comercial, la responsabilidad puede enfrentar medidas compensatorias y retaliatorias, en una relación permanente de negociaciones, lo que difiere de las condenas arbitrales o de cortes internacionales que pasan en autoridad de cosa juzgada e imponen sanciones de ejecución definitivas.

La doctrina de privilegios e inmunidades tiene una raigambre medieval en la cual se entiende que el gobernante es infalible, no puede ser juzgado ni sometido a escrutinio público. Este es un tema que tiene diferente tratamiento y connotaciones en el derecho internacional y en el derecho constitucional y administrativo.

Ecuador ha propuesto y sancionado leyes locales que pretenden efectos extraterritoriales en base a un manto absoluto de privilegios e inmunidades.

Las medidas provisionales contra Estados son particularmente complejas porque pueden prejuzgar el fondo de la disputa y limitar facultades constitucionales básicas del Estado

en torno a la promulgación de leyes, el ejercicio de los actos de gobierno y la administración de justicia.

Los laudos arbitrales del CIADI son de ejecución directa y consecuentemente no requieren de convenciones universales ni regionales para su reconocimiento y cumplimiento. Este hecho los pone en ventaja frente a casos comerciales internacionales o de inversión *ad hoc*.

CONCLUSIONES GENERALES

La presente investigación confirma la hipótesis presentada al problema propuesto. De este modo, se constata que un Estado soberano como la República del Ecuador puede ser condenado internacionalmente por actos y hechos conformes a su derecho local, esto es legales a la luz de su ordenamiento jurídico interno, lo que despierta la necesidad de alertas tempranas en la defensa del Estado.

Se corrobora el hecho de que existe una desconexión entre el derecho internacional y el derecho local. En este sentido, la falta de correlación previsible afecta potencialmente la seguridad jurídica. El funcionamiento independiente de ambas esferas, junto a una posible condena internacional al Estado por la verificación de actos o hechos válidos y legales a la luz de su derecho local, es un problema latente que debe ser advertido.

Es necesario promover la generación de una doctrina de defensa que permita al Ecuador responder a demandas internacionales sin escudarse en teorías inadecuadas que no solo no han favorecido su defensa, sino que, por el contrario, han resultado carentes de efectividad, entre las cuales destaca aquellas desarrolladas sobre la base de principios soberanos.

El relacionamiento, vacíos y fricciones existentes entre el derecho internacional y el derecho local, en sus diferentes niveles y jerarquías, se presenta como un tema aparentemente resuelto por las reglas constitucionales que establecen el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno, sin embargo, ello no es así.

Se evidencia una defensa costosa y compleja de Ecuador, en muchos casos, por desconocimiento de precedentes internacionales y por el énfasis en la legalidad de los actos y hechos dados bajo el ordenamiento jurídico local, en referencia a reglas mandatorias de naturaleza pública. Las demandas y condenas al Ecuador han sido excesivas y en algunos casos injustas desde el punto de vista de su derecho local, debido a que, dentro de un análisis de los estándares internacionales, la valoración cambia. Adicionalmente, podría hacerse un examen entre pretensiones, condenas efectivas y valoraciones contables.

Usualmente, quienes deciden los casos internacionales en todo el mundo son una pequeña elite ajena al derecho constitucional y derecho público local. De hecho, los anglosajones no entienden ni aceptan la doctrina de “Poder Constituyente”, ni de “poder exorbitante” de la administración pública, a la luz del derecho administrativo de inspiración francesa.

La estrategia local no ha previsto todos los foros posibles para demandas internacionales, incorporando los casos en los cuales el país ha sido condenado, junto con la referencia a todas las doctrinas relevantes de litigios internacionales versus la facultad del Estado de tomar decisiones en el ámbito ejecutivo, legislativo y judicial.

El Ecuador ha dejado en suspenso al derecho internacional y ha preferido utilizar al derecho público en general y al derecho constitucional en particular como su principal defensa, lo dicho, sin perjuicio de que en arbitraje de inversión el derecho aplicable sea la norma pública local, en donde destaca el derecho administrativo frente a la observancia de estándares internacionales básicos de protección.

Pese a versar las disputas internacionales sobre leyes locales, los casos se resuelven principalmente al amparo de principios del *ius cogens* muy generales de derecho natural, como trato justo y equitativo, denegación de justicia, plena protección, etc. Los estándares para aplicar los principios *ius naturalistas* son empleados por anglosajones, quienes los han traspasado al derecho internacional. Así, el principio de discrecionalidad de los actos de gobierno y decisión genera múltiples fricciones entre el derecho local y los principios internacionales muy elementales como trato equitativo.

Para el poder público y sus representantes la Constitución es la fuente primigenia de derecho y marca las fronteras y contenidos normativos, en contraposición al derecho internacional que es amplio y difuso, ya que, al no existir órganos legislativos, los pocos textos escritos derivan del derecho de los tratados.

El Poder Constituyente de carácter originario, pre-jurídico, ilimitado, incondicionado y fundacional choca con las garantías de estabilidad del derecho internacional y el principio del *pacta sunt servada*. En Ecuador, los continuos cambios de Constitución y sus consecuentes transformaciones normativas han degenerado en disputas internacionales, principalmente en temas de deuda externa, comercio e inversión.

Mientras que en el derecho local (esencialmente positivista), las doctrinas del derecho natural, en sus diversas vertientes, son consideradas éticas sin exigibilidad material, el derecho internacional tiene una vocación esencialmente *ius naturalista*.

Si bien para el funcionario o representante del Estado el cumplir con la ley pública (mandatoria), es un resguardo y defensa de su gestión, de otro lado, para el juzgador internacional puede ser visto como una forma de evadir los principios de *buena fe* y *pacta sunt servanda*, sobre la base de los artículos 26 y 27 de la DTCV, al invocarse la legislación local.

La teoría de la inmunidad internacional del Estado tiene un carácter positivo al estar plasmado en buena parte de las legislaciones locales que, como en el caso del Ecuador, reconocen privilegios e inmunidades unilaterales al Estado, sin embargo, el hecho de que conste en una norma local no implica su validez extraterritorial. Un acto no está sometido a privilegios e inmunidades únicamente por que una ley local lo establezca o porque incluso la Constitución lo haga.

En el derecho internacional han aparecido doctrinas de inmunidad del Estado y convenciones extendidas a favor de diplomáticos, en cuyos eventos, los tribunales o árbitros internacionales no tienen facultad para juzgar actos relacionados, criterio que también se aplica para la ejecución de laudos o medidas provisionales.

La doctrina del derecho consuetudinario instituye también privilegios unilaterales (*crown privilege*) y la inmunidad de interés general (*public interest immunity*), lo cual no limita o elimina la responsabilidad del Estado, sino simplemente impide que sea efectivamente exigida.

Por cuanto el Ecuador no constituye un violador sistemático de derechos humanos, dada la casuística presentada, no se mira necesario sugerir o desarrollar nuevos sistemas en los cuales pueda ser demandado y responder por sus posibles faltas u omisiones.

La rigidez del sistema jurídico tiene relevancia con compromisos de estabilidad y condenas al Estado por cambiar posteriormente su marco normativo, lo que ha generado varias demandas internacionales al país.

Las mayores doctrinas de derecho internacional se dieron en América Latina como consecuencia de la verificación de cambios constitucionales relacionados a la consolidación de su independencia, tal es el caso de las doctrinas Calvo, Drago, Estrada

y Tobar, junto con la doctrina Monroe y sus derivadas en U.S. La región igualmente fue pionera en el desarrollo del Derecho Internacional Privado, en todas las ramas, destacando cuestiones contractuales y de solución de disputas. Muestra de aquello constan los llamados Tratados de Montevideo, Código Sánchez de Bustamante y las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado.

Los actos legales y basados en principios soberanos y constitucionales, como las nacionalizaciones en México o impagos de deuda externa por Venezuela, entre otros, motivaron dichas doctrinas. Los mencionados casos, al igual que hoy en día, fueron resueltos sin tomar en cuenta la legislación local ni el Poder Constituyente ilimitado.

Las conclusiones alcanzadas son relevantes al plantear soluciones que tienen importancia académica, no únicamente sobre la base de doctrinas inconexas y dispersas (tanto en asuntos de derecho internacional, responsabilidad del Estado y litigio internacional); sino también una relevancia práctica para la defensa adecuada del país, lo cual permite encontrar un equilibrio con el respeto efectivo de los derechos y la posibilidad de que el Estado pueda realizar cambios normativos y estructurales sin verse limitado por eventuales sanciones referidas a responsabilidad internacional del Estado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Agudo Z., Miguel y Vázquez G., Eva M. “Hacia Una Aproximación Crítica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.47, n.140, nueva serie, año XLVII, núm. 140, mayo-agosto de 2014. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000200001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-4873.
- Aguiar A., Asdrúbal. “La Responsabilidad Internacional del Estado por violación de Derechos Humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, San José, 1993, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>
- Aguilar Cavallo, Gonzalo. *Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?*. *Boletín mexicano de derecho comparado*, N. 43(127), 2010.
- Akehurst, Michael. *Jurisdiction in International Law*, *British Yearbook of International Law* N. 46, 1975.
- Alexandrowicz-Alexander, Charles Henry. *The Quasi-Judicial Function in Recognition of States and Governments*. *American Journal of International Law* 46.4, Cambridge, 1952.
- Alfonso Iglesias, “Act of State Doctrine”, en *International Law*, Oxford University Press, 2020.
- Alland, Denis. *The Definition of Countermeasures*. In *The Law of International Responsibility*. Edited by James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, 1127–1136. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Alston, Philip, and Ryan Goodman, Eds. *International Human Rights, International Human Rights. The Successor to International Human Rights in Context*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Álvarez C., Enrique, *Derecho Constitucional*, Novena edición, Tecnos Ebook, Capítulo IX, 2019.
- Ambos Kai. *Treatise on International Criminal Law*. Vol. I, Foundations and General Part. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Amos, Merris. *Extending the liability of the state in damages*. *Legal Studies*, Cambridge, 2001.
- Anderson, Mark. *Derivative versus Direct Liability as a Basis for State Liability for Transboundary Harms*. Chapter. In *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, edited by Rebecca M. Bratspies and Russell A. Miller, 99–108. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Andrew, Edward. *Jean Bodin on Sovereignty*. *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 2, No. 2, Massachusetts, 2011.
- *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nbr. LXVII, 2014. P. 363-415

- Arato, Julian. *Constitutionality and Constitutionalism beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations*. *International Journal of Constitutional Law* 10, Clarivate, 2012.
- Arcos V., Marycruz. *El Reconocimiento de Estados: Nuevos Aspectos de la Institución tras las Declaraciones de los Doce Respecto a las Antiguas Repúblicas Yugoslavas*, *Anuario Hispano-Luso Americano de derecho internacional*, ISSN 0570-4316, N° 11, 1994.
- Arévalo, Fernando. *La historia de la Deuda externa: De la Deuda Inglesa al ferrocarril (Parte 1)*, 2020.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, siglo IV A.C.
- Aristóteles, *La Política*, siglo IV, A.C.
- Aristóteles, *La Política. Libro Primero, Capítulo II, De la Esclavitud*, siglo IV A.C. Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03021.htm>
- Arrubarrena Aragón, José A. “El Estado moderno, ¿tiene un fundamento jurídico-político?”, en *El hombre y el estado revolucionario, Ensayo sobre el orden político*, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Puebla, 2013.
- Ashley, Clarence D. *The Doctrine of Consideration*, *Harvard Law Review*, vol. 26, No. 5, 1913.
- Ávalos, Eduardo; Buteler, A.; y, Massimino, Leonardo. *Derecho administrativo 1*, Alveroni Ediciones, ProQuest Ebook Central, Córdoba, 2014.
- Avilés Pino, Efrén. *Enciclopedia del Ecuador, Protocolo Río de Janeiro*, 2010.
- Baetens, Freya. *Hague Conferences (1899, 1907)*. Oxford University Press, Oxford, 2020.
- Baker, Betsy. *International Jurisdiction and International Jurisprudence*, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, P.452- 454, 2008
- Banai, Ayelet; Moore, Margaret; Miller, David; Nine, Cara, & Dietrich, Frank. “Symposium ‘Theories of Territory beyond Westphalia’”. *International Theory*, 6(1), Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Bantekas Ilias, *International Criminal Law*, Bantekas, Ilias. *International Criminal Law*. 4th ed. Oxford: Hart, 2010. Part 4, *Enforcement of International Criminal Law*, 4th Ed. Oxford: Hart, 2010.
- Barboza, Julio. *International Liability for the Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law and Protection of the Environment*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 247. The Hague: Martinus Nijhoff, 1994.
- Barboza, Julio. *La Responsabilidad Internacional*, Organización de Estados Americanos OEA, *Curso de Derecho Internacional*, Río de Janeiro, 2006.
- Barboza, Julio. *The Environment, Risk and Liability in International Law*. Leiden, The Netherlands, and Boston: Martinus Nijhoff, 2011.
- Bassiouni M., Cherif. *The Subjects of International Criminal Law: Ratione Personae*. In *International Criminal Law*. Edited by M. Cherif Bassiouni, 41–70. 3d Ed. Leiden, 2008.

- Bassiouni M. Cherif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. *Harvard Human Rights Journal* N.10, 1997.
- Bederman, David J. *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Bederman, David J., *The spirit of international law*. Athens, Ga: University of Georgia Press, Georgia. 2002.
- Bellia, Anthony J., and Bradford R. Clark. The Alien Tort Statute and the Law of Nations. *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, No. 2, 2011, P. 445
- Bennett, Thomas W., & Vermeulen, T.. Codification of Customary Law. *Journal of African Law*, 24(2), 1980.
- Benson, Peter. The Idea of Consideration. *The University of Toronto Law Journal* 61, No. 2, 2011.
- Besson, Samantha. Sovereignty, *Max Planck Encyclopedias of International Law MPIL*, 2011.
- Best, Geoffrey. *War and Law since 1945*. Oxford: Clarendon, 1994.
- Bethlehem, Daniel; McRae, Donald; Neufeld, Rodney; and Van Damme, Isabelle (Eds), *The Oxford Handbook of International Trade Law (2e)*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Bingham, Tom (Lord). *The Rule of Law*. London: Penguin, 2010.
- Birnie, Patricia W., Alan E. Boyle, and Catherine Redgwell. *International Law and the Environment*. 3d ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Bjorge, Eirik, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, 2014.
- Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan; and Hunter, Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition, Chapter 1. An Overview of International Arbitration, Kluwer Law International, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Böckstiegel, Karl-Heinz “Mixed International Arbitration. By Stephen J. Toope. Cambridge: Grotius Publications Limited”, 1990, *American Journal of International Law* 86, no. 1, Cambridge, 1992.
- Bodin, Jean. *Six livres de la République*, 1576.
- Bogus, Carl T. The History and Politics of Second Amendment Scholarship: A Primer, 76 *Chi.-Kent L. Rev.* 3, 2001.
- Boyle, Alan E. “Responsabilidad del Estado y responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional: ¿una distinción necesaria?”, en René Provost (Ed). *Responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional*. Aldershot, Reino Unido: Ashgate, Londres, 2002.
- Borchard, Edwin. Recognition and Non-recognition. *American Journal of International Law* 36.1, Cambridge, 1942.
- Borgeaud, Charles. The Origin and Development of Written Constitutions, *Political Science Quarterly*, Vol. 7, N. 4, Oxford, 1892.

- Born, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice, Part I: International Arbitration Agreements*, Kluwer Law International, Nevada, 2015.
- Bouvier, John. *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of American Union*, Childs & Peterson, 1856.
- Bowett, Derek W. *Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources*. *British Yearbook of International Law* N. 53.1, 1982.
- Brandon, J. Murrill. *Modes of Constitutional Interpretation*, Legislative Attorney, Congressional Research Service, 2018.
- Brown, Cherter. *The Protection of Legitimate Expectations as a General Principle of Law: Some Preliminary Thoughts*. *Transnational Dispute Management* 1, 2009.
- Brummer, Chris. *Why Soft Law Dominates International Finance—and not Trade*. *Journal of International Economic Law*, vol. 13 (3), Oxford, 2010.
- Bryce, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.
- Bungenber, Marc; Griebel, Jörn; Hobe, Stephan; Reinisch, August; Kim, Yun-i. *International Investment Law: A Handbook*. Oxford: Hart, 2015.
- Burgstaller, Markus. *Theories of Compliance with International Law*. Leiden/Boston, The Netherlands/U.S.: Nijhoff, 2005.
- Buzan, Barry, and Little, Richard. “Beyond Westphalia? Capitalism after the ‘Fall’”, *Review of International Studies* 25, no. 5, Cambridge University Press, New York, 1999.
- Byers, Michael; and Chesterman, Simon. “Changing the rules about rules? Unilateral humanitarian intervention and the future of international law”, en Holzgrefe, J. L.; and Keohane, Robert O. (Eds.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Calvet Martínez, Elisenda, *Enforced Disappearances in International Law*, Oxford Bibliographies, 2019.
- Cambridge Dictionary, *Accountability*, 2020
- Canales, Aliende. *Reflexiones Politológicas sobre la Constitución de Ecuador de 2008, en el Contexto del Proceso de Consolidación Democrática de América Latina*, *Revista IURIS*, No. 16, Volumen No. 2, Cuenca, 2017.
- Cañizares Navarro, Juan B. *Las penas infamantes en la codificación penal francesa*, Universitat de València, 2011.
- Cano Campos, Tomás. “Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15., Núm., Enero-Abril, 1995.
- Caron, David D. *The Ilc Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority*. *UC Berkley Public Law and Legal*, No. 97, California, 2002.

- Carrasco Durán, Manuel. “La Acción Extraordinaria de Protección: Perspectiva de Evolución, desde la Experiencia Europea”, *Revista IURIS*, No. 16, Volumen No 2, Bianaual, Cuenca, 2017.
- Carty, Anthony, “International Legal Personality”, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007.
- Cassagne J., El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad. Publicado en el Diario La Ley, 2020.
- Cassagne, Juan Carlos. Derecho administrativo, Tomo I , Editorial Lexis Nexis, 8.ª Ed., 2006.
- Cassese, Antonio Ed. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Cassese, Antonio. *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- Cerrada, Moreno Manuel. El terrorismo Concepto jurídico, El terrorismo como elemento distorsionador del ordenamiento jurídico. ¿Derecho penal del enemigo?, 2010.
- Chayes, Abram, and Antonia Handler Chayes. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.
- Chimène, I. Keitner. Remarks on Complicity Under the Alien Tort Statute. Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law, 2015.
- Chinkin, Christine M. *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*. *International and Comparative Law Quarterly* 38.4, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Chiriboga G., Álvaro R. El Protocolo de Río de Janeiro: estudio sobre la revisión, nulidad, Inejecutabilidad, transacción honrosa o mantenimiento de la herida abierta. Solución al problema territorial ecuatoriano-peruano, 1988.
- Churchill Robert P. *Human Rights and Global Diversity. Basic Ethics in Action*. Upper Saddle River, NJ: Pearson Education, 2005.
- Cicerón, Marco T. *Las Leyes*, traducción, introducción y notas de Carmen Teresa Pabón de Acuña, Madrid, Gredos, Biblioteca Clásica Grados 381, 2009.
- Cohen, Jean L. *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.
- Colangelo, Anthony J. Universal Jurisdiction as an International ‘False Conflict’ of Laws. *Michigan Journal of International Law*, 2009.
- Colliard, Claude-Albert. Comparison between English and French Administrative Law. *Transactions of the Grotius Society*. Vol 25, 1939.
- Collier, John, and Lowe, Vaughan. *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Colman, Henry. “Constitutional Guarantees”, *The North American Review*, 201(710), 1915.

- Comba, Antonella. ¿Filosofía hegeliana en el Derecho Penal del Enemigo? Distancias entre Günther Jakobs y la filosofía del derecho de Hegel, Anuario de Filosofía del Derecho, 2016.
- Coronel Jones, César y Campaña Jofre. Constitución y poder político. Hacia un sistema de autonomías, *Iuris Dictio*. Revista del Colegio de Jurisprudencia, Quito, 2000.
- Correa, Henao, Nestor Raúl. El proceso constituyente: El caso colombiano, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, 1991.
- Cowles William B. Universality of Jurisdiction over War Crimes. *California Law Review* N. 33.2, 1945.
- Crawford, James. *State Responsibility: The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2013.
- Crawford, James, and Olleson, Simon. The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility. *International and Comparative Law Quarterly* N. 54.4, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Crawford, James, R. State Responsibility, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2006.
- Crawford, James. *International Law as an Open System: Selected Essay*, Cameron May Publisher, London, 2002.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Crawford, James. *The Creation of States in International Law*. 2d ed. Oxford: Clarendon, 2006.
- Cruft, Rowan, S. Matthew Liao, and Massimo Renzo, Eds. *Philosophical Foundations of Human Rights*. *Philosophical Foundations of Law*. Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Cummings, Edward R. (Capt.). "Additional Report: The Evolution of the Notion of Neutrality in Modern Armed Conflicts." *Military Law & Law of War Review* No. 17, Brussels, 1978.
- D'Amato, Anthony. The Alien Tort Statute and the Founding of the Constitution. *The American Journal of International Law*, Vol. 82, N. 1, 1988.
- Damgaard, Ciara. *Individual Responsibility for Core International Crimes*. Berlin: Springer, 2008.
- Damrosch, Lori F., Louis Henkin, Sean D. Murphy, and Hans Smit. *International Law: Cases and Materials*. 5th ed. American Casebook Series. St. Paul, MN: Thomson West, 2009.
- De Maistre, Joseph. Of the Old French Constitution. In R. Lebrun (Ed.), *Maistre: Considerations on France*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, Nueva York, 1994.
- De Quadros, Fausto; and Dingfelder S., John H. Act of State Doctrine. In *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Edited by Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press, 2013.

- De Smith, S. Judicial Review and Administrative Discretionary Powers. *The Modern Law Review*, 35(4), 1972.
- Del Saz, Silvia. La crisis de la Autotutela en los Actos Administrativos y su auge en los Actos Privados. *Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 1992.
- Dibona, Charles J. *Assessing Environmental Damage. Issues in Science and Technology*, Vol. 9, No. 1, University of Texas, 1992.
- Dietrich Brauch, Martin. *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD Best Practices Series, International Institute for Sustainable Development, 2017
- Diggelmann, Oliver, and Tilmann Altwicker. *Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*, 2008.
- Dobner, Petra, and Martin Loughlin, Eds. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Dobovšek, José. *Breves Consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus Relaciones con los Sistemas Penales Particulares*, Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional: AADI, 2007.
- Dolzer, Rudolf; Kriebaum, Ursula; and Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2d Ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Dornis, Tim W. Tim W. Dornis, “Trademark and Unfair Competition Conflicts”, en *Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives*, I, Cambridge Intellectual Property and Information Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Dugan, Christopher F.; Wallace, Don; Rubins, Noah D; and Sabahi, Borzu. *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Dugard, John. *Recognition and the United Nations. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*. Cambridge, UK: Grotius, 1987.
- Dunoff, Jeffrey L., and Joel P. Trachtman, Eds. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.
- Drnas de Clément, Zlata. *Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos*. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, 2010.
- E. Kwan Choi, Hartigan, James C. *Handbook of International Trade: Economic and Legal Analyses of Trade Policy and Institutions*, Lackwell Publishing, 2004.
- E. W. Kemmerer. *Economic advisory work for governments*. *The American Economic Review*, Nashville, 1927.
- Editorial, Ecuador, 190 años renegociando deuda externa, 19 de julio, *Diario El Comercio*, 2020.
- Egon, Schwelb. *Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission*, 61 *American Journal of International Law* N. 946, Washington DC, 1967.

- Encyclopædia Britannica, 2020.
- Espinoza Plúa, Marjorie G. “El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución”, *Foro, revista de derecho*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2021.
- Eun-Jung Kim, Katherine, Acceptability, Impartiality, and Peremptory Norms of General International Law, *Law and Philosophy*, 34(6), 2015.
- Evans, Malcolm D., ed. *International Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Fallon, Richard H., Jr. The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse. *Columbia Law Review* 97.1, 1997.
- Feigenbaum, Sam. *Mitigating Mob Rule: Restoring the Supreme Court as a Barrier to Majority Tyranny*, 2014.
- Fenwick, Charles G.. *Intervention and the Inter-American Rule of Law*. *American Journal of International Law*, 53(4), Cambridge, 1959.
- Ferrero Díez Canseco, Alfredo. “La Organización Mundial del Comercio y su importancia para el Desarrollo Peruano”, *Agenda Internacional-PUCP*, n° 14, año VII, Lima, enero-junio 2000.
- Finch, George. *The Nuremberg Trial and International Law*. *American Journal of International Law* N. 41.1, Cambridge, 1947.
- Fitzmaurice, Gerald G. *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points*, *British Year Book of International Law*, 28, Nueva York, 1951.
- Flores Rivas, Juan C. *Revista de Derecho, Revisión de los Contratos Administrativos: el Adecuado Equilibrio entre Potestades Exorbitantes y los Derechos Contractuales*, 2019.
- Fox, Gregory H. *Reexamining the Act of State Doctrine: An Integrated Conflicts Analysis*. *Harvard International Law Journal* N. 33.2, 1992.
- Fox, Gregory H. “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2008.
- Francioni, Francesco. *International Responsibility for Environmental Harm*. London and Boston: Graham & Trotman, 1991.
- Franck, Thomas M. *Fairness in International Law and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Franck, Thomas M. *The Power of Legitimacy among Nations*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- Freidenberg, Flavia y Alcántara S., Manuel. *Los dueños del poder. Los partidos políticos en Ecuador (1978-2000)*, FLACSO Sede Ecuador, Quito, 2001.
- Freiherr, von Pufendorf, Samuel. *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo, Sumtibus Adami Junghans iprimebat Vitus Haberegger*, 1672.

- Frieda, Gene. Sovereign Debt Markets, en *Sovereign Debt Management*. Edited by Lastra, Rosa M.; and Buchheit, Lee. Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Frowein, Jochen A. “Ius cogens.” En: R. Bemhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 3, 1992.
- Fuller, Lon L. Consideration and Form, *Columbia Law Review*, Vol. 41, No. 5, 1941.
- García, Aurelio. *Ciencia del Estado*, Tomo I, cuarta edición, Casa de la Cultura ecuatoriana, Quito, 1979.
- Garcia, Frank J. *Global Justice and the Bretton Woods Institutions, The Future of International Economic Law*, Edited by William J. Davey, and John Jackson, Oxford University Press, Incorporated, Oxford, 2008.
- Garcia, Frank J., *Trade, Inequality and Justice: Toward a Liberal Theory of Just Trade*, Transnational Publishers, Ardsley, N.Y., 2003.
- García, Víctor. “Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional”, *Derecho & Sociedad Asociación Civil*, Año XIV N°21 2003.
- Garner, James W. *French Administrative Law*, 33 *Yale L.J.*, 1924.
- Gilbert, Geoff. *The Criminal Responsibility of States. International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- Gildemeister, Arno E. *Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador: How Much is Too Much: When is Taxation Tantamount to Expropriation?*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, V. 29, 2014.
- Gómez de Lara, Fernando. *La Contratación de Bienes, Arrendamientos y Servicios en la Administración Pública Federal*, VLex, 2017.
- Goodale, Mark. *Surrendering to Utopia: An Anthropology of Human Rights. Stanford Studies in Human Rights, Stanford Studies in Human Rights*, Stanford University Press, Stanford, CA, 2009.
- Gordon, David. *The Origin and Development of the Act of State Doctrine*. *Rutgers Camden Law Journal* N. 8.4, 1977.
- Gowder, Paul A. *The Rule of Law in the Real World*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- Greppi, Edoardo. *The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law*. *International Review of the Red Cross*, 1999.
- Griffin, Appleton P. C. *List of References on Recognition in International Law and Practice*. Washington, DC: Government Printing Office, 1904.
- Grocio Hugo, “De Iure Belli Ac Pacis (1625)”, *Revista de estudios históricos - jurídicos n.26*, Valparaíso, 2004.
- Grosek, Edward. *Researching International Treaties*. GP, Solo & Small Firm Lawyer N. 16(7), 1999.
- Guilfoyle Douglas, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. By Simpson, Gerry. Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, 11a. Ed. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993.

- Gutman, Roy. Crimes of War: What the Public Should Know. Rev. and Updated ed. New York: Norton, 2007.
- Hannikainen Lauri. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status. Helsinki: Finnish Lawyers, 1988.
- Hardin, R., “The Limits of Hobbesian Contractarianism. By Jody S. Kraus. Cambridge: Cambridge University Press”, American Political Science Review, 89(3), 1995.
- Harlow, Carol. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, European Journal of International Law, Volume 17, Issue 1, Oxford, 2006.
- Harris, David J. Cases and Materials in International Law. 8th ed. London: Sweet and Maxwell, 2015.
- Harrison, John, The American Act of State Doctrine. Georgetown Journal of International Law, 2016.
- Harvard Research Draft for the Responsibility of States for Damage, 1927.
- Hecker P. Carlos. “La Denegación de Justicia al Inversionista Extranjero”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año V, Número 7, Buenos Aires, Invierno 2011.
- Heffron, Raphael J. Nuclear Energy Policy in the United States 1990-2010: A Federal or State Responsibility? Energy Policy Research Group, University of Cambridge, 2013.
- Hehir, Aidan. Humanitarian Intervention: An Introduction. 2d. Ed. Basingstoke, UK: Palgrave, 2013.
- Heller, Kevin Jon. The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Henkin, Louis. How Nations Behave: Law and Foreign Policy. New York: Praeger, 1968.
- Hermosa Mantilla, Hernán. “El Neoconstitucionalismo Andino, Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 1969 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, *Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, Quito, 2009.
- Hernández C., Augusto. “Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional: Aplicación en Conflictos Internos”, *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales, Vol. 7 Núm. 15, 2000.
- Hernández G., José I. “El Derecho Administrativo Frente al Arbitraje Internacional de Inversiones. Comentarios al Laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, Año 25, No. 50, Montevideo, Diciembre 2016.
- Hilberg, Raul. Expropriation. The Destruction of the European Jews: Third Edition, Yale University Press, Connecticut, 2003.
- Hillgruber, Christian. Soberanía - La defensa de un Concepto Jurídico, *Revista InDret*, 2009.

- Hirsch Alain, *The Place of Arbitration and The Lex Arbitri* - *Dispute Resolution Journal*, Vol. 34, 1979.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán* 1.^a ed. Editorial Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2015. Disponible en: <https://editorial.udg.mx/gpd-leviatan.html>
- Hodges, Henry G. *The Doctrine of Intervention*. Princeton, NJ, Banner, 1915.
- Hoekman, Bernard M.; and Kostecki, Michael M., *The Political Economy of the World Trading System*. 3d Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Holder, Cindy, and David Reidy, Eds. *Human Rights. The Hard Questions*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Holsti, Kalevi. *International law*. In *Taming the Sovereigns: Institutional Change in International Politics*, Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, 2014.
- Holtzmann, Howard M. "Some Reflections on the Nature of Arbitration", *Leiden Journal of International Law* 6, no. 2, Cambridge, 1993.
- Hoops, Björn. *Rethinking Expropriation Law*. Papers presented at the Colloquium on Rethinking Public Interest in Expropriation Law, held in Groningen, 2013.
- Hoops, Björn; Marais, Ernst; Mostert, Hanri; Sluysmans, Jacques; and Verstappen, Leon, (Ed). "Rethinking Expropriation Law", Papers presented at the Colloquium on Rethinking Public Interest in Expropriation Law, held in Groningen, The Netherlands, 26–28 September 2013.
- Horbach, Nathalie L.J.T. *The Confusion About State Responsibility and International Liability*. *Leiden Journal of International Law* 4, No. 1, Cambridge, 1991.
- Hughes, Carys. *Latin American Perspectives*, Volume 46, Issue 6, 1, *The Transformative Potential of Constituent Power: A Revised Approach to the New Latin American Constitutionalism*, London, 2019.
- Hurd, Ian. *Is Humanitarian Intervention Legal? The Rule of Law in an Incoherent World*. *Ethics & International Affairs* 25, vol. 3, New York, 2011.
- Iglesias Rábade, Luis. *Estudio comparado de las Penas Corporales en el Derecho Hispánico e Inglés en la Edad Moderna*, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2016.
- Jacob, Patrick. *L'intervention devant la Cour internationale de justice à la lumière des décisions rendues en 2011: Lente asphyxie ou résurrection?* *Annuaire français de Droit International*, no. N. 57, Paris, 2011.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jakubowski, Andrzej. *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*. London: Routledge, 2016.
- Jan H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 1968.
- Jefferson, Thomas: *Papers and Biographies collections in Hathi Trust Digital Library*, 1980.

- Jennings, Robert and Watts, Arthur. *Oppenheim's International Law*. Vol. 1, Peace. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Jeremy K. Sharpe. Possible Paradigmatic Changes in the Settlement of International Investment Disputes. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law, N. 108, 2014).
- Jessup, Philip C.; and Deak, Francis, *Neutrality: Its History, Economics and Law*, Columbia University Press, 193, vol. 1, The Origins, New York, 1935.
- Joel R., Paul, Comity in international law. *Harvard International Law Journal* 32, 1991.
- Johansson, Per-Olov. Valuing Environmental Damage. *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 6, No. 1, 1990.
- Kahneman, Daniel. "Who shall be the arbiter of our intuitions?" *Behavioral and Brain Sciences*, Cambridge, 1981.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, The Freshfields Lecture Arbitral, 2006.
- Kavka, Gregory S. *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton University Press, New Jersey, 1986.
- Kay, Richard. Constituent Authority. *The American Journal of Comparative Law*, 59(3), Oxford, 2011.
- Keith, Arthur B. *The Theory of State Succession*. London: Waterlow, 1907.
- Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, traducido por Rolando Tamayo, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N. 15, 2011.
- Kelsen, Hans, "Recognition in International Law: Theoretical Observations", *American Journal of International Law*, vol. 35, núm. 4, 1941.
- Kenny, James T. "Manley O. Hudson and the Harvard Research in International Law 1927-1940", *The International Lawyer*, Vol. 11, N. 2, American Bar Association, 1977.
- Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico; & Stewart, Richard B., *The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems*, New York, 2005.
- Klabbers, Jan, The law of responsibility, en *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Klabbers, Jan, Anne Peters, and Geir Ulfstein. *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Konstantin, Katzarov. *The Theory of Nationalisation*, Bradley, Anthony W. Editor, Edición ilustrada, Springer Science & Business Media, Sofía, 2012.
- Kovarsky, Lee. "Original Habeas Redux", *Virginia Law Review*, vol. 97, No. 1, Virginia, 2011.
- Kulaga, Julian. A Renaissance of The Doctrine of Rebus Sic Stantibus? *International and Comparative Law Quarterly* 69, No. 2, London, 2020.
- Kuznetsov, Andrey V. The Limits of Contractual Stabilization Clauses for Protecting International Oil and Gas Investments Examined Through the Prism of

- the Sakhalin-2 Psa: Mandatory Law, The Umbrella Clause, And The Fair And Equitable Treatment Standard. *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 22, No. 2, Oregon, 2015.
- Díaz Barrado, Cástor M. *Tratados Internacionales y Conflictos Armados: Una Cuestión Siempre Pendiente*, Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, 2012.
 - La Becca, Juliana. El ejercicio de potestades discrecionales en la actividad sancionatoria de la Administración y su control judicial, *Revista de Derecho administrativo*, N. 8, 2020.
 - La Globalización, Consejo Europeo, 2019.
 - Laguna de Paz, José C. *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. Vol. 2, Tomo 2, 2017.
 - Lam, Jenny. *Accountability for Private Military Contractors Under the Alien Tort Statute*. *California Law Review*, 97(5), 2009.
 - Landheer, Bartholomeus, and Van Essen, Jan L. F. (Eds). *Recognition in International Law. Selective Bibliographies of the Library of the Peace Palace*. Leiden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1954.
 - Lang, Anthony. Ed. *Just Intervention*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2003.
 - Larrea Holguín, Juan. *Derecho Constitucional Ecuatoriano, Volumen I*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 1998.
 - Lauterpacht, Hersch. *Recognition in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1947.
 - Le Normand, René. *La reconnaissance internationale et ses diverses applications: État, gouvernement, belligérants, principes du droit international*. Paris: Camis, 1899.
 - Lefeber, René. *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*. Kluwer Law International, The Hague, 1996.
 - Lenihan, Ashley T. *Non-Intervention and the “Internal” Intervention Alternative. en Balancing Power without Weapons: State Intervention into Cross-Border Mergers and Acquisitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
 - Levitsky, Steven & Ziblatt, Daniel. *How Democracies Die*, Crown Publisher, New York, 2020.
 - Lewis, Arthur R. *Conflicts of laws*. *Rutgers Law Review*, 5(1), Nueva Jersey, 1950.
 - Lillich, Richard B. *Intervention to Protect Human Rights*. *McGill Law Journal* 15, New York, 1969.
 - Lillich, Richard B., Gordon A. Christenson, Jane Chalmers, David Caron, and Pierre M. Dupuy. “Attribution Issues in State Responsibility”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 84, 1990.

- Llanos Mansilla, Hugo. Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Locke, John. Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil, 1690.
- López Melero, Montserrat. Aplicación de la Pena Privativa de Libertad como Principio Resocializador. La reeducación y la Reinserción Social de los Reclusos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2012.
- López Ramón, Fernando. Límites constitucionales de la autotutela administrativa. Revista de Administración Pública, Madrid, Spain: CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.
- Lord McNair, Arnold D. The Law of Treaties. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Louka, Elli. Liability and State Responsibility. In International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Lowe, Vaughan. International Law. Oxford University Press, 2007.
- Luck, Edward C. International Law and Organization: Closing the Compliance Gap. Lanham, MD: Rowan & Littlefield, 2004.
- Luck, Edward C. The Responsibility to Protect: The First Decade. Global Responsibility to Protect, 2011.
- Lugo G., Armando y Jiménez V., Rafael, “El reconocimiento: una condición indispensable para la consolidación del Estado”, Opera. 22 (jun. 2018), 2018.
- Mackenzie, Ruth; Romano, Cesare; Shany, Yuval; and Sands, Philippe. The Manual on International Courts and Tribunals. 2d ed. Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Madison, James; Hamilton, Alexander y Jay, John. *El Federalista*, Librodot.com, <http://www.librodot.com>. Disponible en: <https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>
- Maher, Gerry; and Rodger, Barry J. Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Malagón Pinzón, Miguel. El control de constitucionalidad y de legalidad ejercido por el poder legislativo (1811-1842). Revista Digital de Derecho administrativo. No. 6, Bogotá, 2011.
- Malanczuk, Peter. Akehurst's Modern Introduction to International Law. 7th Ed. London: Routledge, 1997.
- Mancilla Castro, Roberto. El principio de Progresividad en el Ordenamiento Constitucional Mexicano, Cuest. Const. No.33, Ciudad de México, 2015.
- Mann, Frederick A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. Recueil des Cours 111, 1964.
- Martínez Dalmau, Rubén. “Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador la Constitución de 2008”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, N. 47, Bogotá, 2017.

- Maurer, Noel. The Empire Struck Back: Sanctions and Compensation in the Mexican Oil Expropriation of 1938, *Journal of Economic History* 71, N. 3, Coventry, 2011.
- Mary, Mitsi. The Decision-making Process of Investor-state Arbitration Tribunals, *International Arbitration Law Library*, Chapter 6: Dialogical Network: Practice, Volume 46, Kluwer Law International, 2018.
- Max Planck Encyclopedias of International Law -MPIL-, 2020.
- McWhinney, Edward. “Resolución 2131 (Xx) de la Asamblea General de 21 de Diciembre de 1965, Declaración Sobre La Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, Geneva, 2011
- Megliani, Mauro. *Sovereign Debt: Genesis, Restructuring, Litigation*, Springer, Dordrecht, 2015.
- Meloni, Chantal. The Principle of Individual Responsibility and the Macro-dimension of International Crimes, In *Command Responsibility in International Criminal Law*. By Chantal Meloni. The Hague: T. M. C. Asser, 2010.
- Melusky, Anthony. *Cruel and Unusual Punishment: Rights and Liberties Under the Law*, 2003.
- Menon P. K. *The Succession of States in Respect to Treaties, State Property, Archives and Debts*. Lewiston, NY: Edwin Mellen, 1991.
- Menon, P. K. *The Law of Recognition in International Law: Basic Principles*. Lewiston, NY: Edwin Mellen, 1994.
- Menski, Werner. *Comparative Law in a Global Context: The Legal System of Asia and Africa*, 2nd Ed., Cambridge, 2006.
- Merriam. Jr. Charles. E., *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, Batoche Books, 2001.
- Merriam-Webster's Law Dictionary, 2019.
- Merrills, John G. *International Dispute Settlement*. 6th ed. New York: Cambridge University Press, New York, 2017.
- Moncrieffe, Joy M. “Reconceptualizing Political Accountability”, *International Political Science Review*, London, 1998.
- Monroy C., Marco G., “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, *ACDI*, Bogotá, Año ISSN: 2027-1131, 1. No. 1, 2008.
- Montaña P., Juan, “El derecho a renacer: aproximación fenomenológica a la justicia constitucional en Ecuador”, en Juan Montaña P. (Ed),. *Apuntes de derecho procesal constitucional Aspectos Generales*, Corte Constitucional - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011.
- Monterde García, Juan C. Algunas influencias de la carta magna gaditana de 1812 en el constitucionalismo iberoamericano, en *ACEDO PENCO*, Ángel (Dir), *Estudios jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, Madrid, España, 2014.

- Morgenthau, Hans-Joachim. *Politics among Nations*. Edited by Kenneth W. Thompson. New York: McGraw-Hill, 1993.
- Muchlinski, Peter T.; Ortino, Federico; and Schreuer, Christoph, Eds. *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Mullerat B., Ramón M., “El Arbitraje Internacional confluencia de las tradiciones jurídicas: ‘common law’ y ‘Civil law’”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, ISSN 0214-7246, Vol. 19, No. 1, 2007.
- Murphy, Sean D. *State Responsibility and Liability*. In *United States Practice in International Law, United States Practices in International Law*, Cambridge University, Cambridge, 2006.
- Musgrave, Thomas D. *Self-Determination and National Minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Narasimhaswamy, Mysore G., *Jus Cogens and International Law*. *Journal of the Indian Law Institute*, 1972.
- Navarro Dávila, Edgar F. *La Política Exterior*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1982.
- Navarro M., Juan A. *El Orden Público y el Orden Privado*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Colección Rumichaca. Vol.12, 1982.
- Navarro Moreno, Lenin. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, México, 2011, Tomo IX-II, Bibliográfica OMEBA, México D.F, 2011.
- Navarro Moreno, Lenin. *The Future of Administrative Law*, International Bar Association, IBA Legal Practice Division, London, 2017.
- Navarro Moreno, Lenin. *The International Lawyer*, International Bar Association, Legal Practice Division London, 2018.
- Navarro Moreno, Lenin. *2016 Judicial Review en el Constitucionalismo*. Casa de La Cultura del Ecuador.
- Navarro Moreno, Lenin. *The Experience of Ecuador in Investment Arbitration*. Queen Mary University of London, 2020.
- Navarro Moreno, Lenin. *Introducción al Derecho*. Universidad de Loja UTPL, 2018.
- Navarro Moreno, Lenin. *La Inversión en el Arbitraje Internacional*. *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado*, Libro Homenaje a Leonel Pereznieta Castro, Coordinador Lenin Navarro Moreno, Tirant lo Blanch, 2021 .
- Navarro Moreno, Lenin. *La Soberanía en Disputas Internacionales*, Editorial El Siglo, 2022.
- Navarro Moreno, Lenin. *Noción de Inversión Extranjera*. Casa de La Cultura del Ecuador, 2015.
- Navarro Moreno, Lenin. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, México, 2011, Tomo IX-I, Bibliográfica OMEBA, México D.F, 2011.
- Neff, Stephen C. *The Rights and Duties of Neutrals: A General History*. Manchester University Press Melland Schill Studies, Manchester, 2000.
- Negri, Antonio. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Senescyt, Madrid, 2015.

- Newcombe, Andrew and Paradell, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Philadelphia, 2009.
- Nickel, James W. *Eight Responses to the Relativist*, In *Making Sense of Human Rights*. 2d Ed. By James W. Nickel, Oxford: Blackwell, 2006.
- Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos. *La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina*, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Volumen 13, Bogotá, 2011,
- Noguera Fernández, Albert. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, El Constitucionalismo de Tercera Generación Rompiendo la Tensión Entre la Definición Social del Estado y el Tratamiento Constitucional Degradado de los Derechos Sociales*, Granada, 2009.
- Nollkaemper, André & Jacobs, Dov. *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework*, 34 *MICH. J. INT'L L.* 359, Michigan, 2013.
- Nollkaemper, André, and Van der Wilt, Harmen. *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Nollkaemper, André. *Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*. *The International and Comparative Law Quarterly* 52, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Norman, George, and Trachtman, Joel P. *The Customary International Law Game*. *The American Journal of International Law*, Vol. 99, N. 3, 2005.
- Norton, Patrick M. “Back to the Future: Expropriation and the Energy Charter Treat”, en Thomas W. Wälde (ed), *The Energy Charter Treaty: An East–West Gateway for Investment and Trade*, Kluwer Law International, Nevada, 1996.
- Noticia, Reuters, *Venezuela sale de CIADI en Medio de Polémica*, 26 de enero, 2012.
- Noticia, Beteta Óscar Mario, *Diario El Universal, La fuerza del Derecho, freno al Estado criminal*, 2019.
- Noticia, Forbes, *Alleged Syndicated Conservation Easement Tax Shelter Promoters Face Class-Action Lawsuit*, By Jay Adkisson, 2016.
- Noticia, *Protocolo se Firmó en Reunión en que la Región Repudió el Ataque Japonés*, *Diario El Universo de Ecuador*, Domingo 17 de agosto del 2008. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2008/08/17/0001/8/3D1D598AC7494FC2A533BA4B57535594.html/>
- Noticia, *The Wall Street Journal*, *U.S. Joins H-P Bribery Investigation*, By David Crawford And Dionne Searcey, April 16, 2010.
- Noticia, *Ecuador Pedirá Arbitraje Papal*, *Diario el Tiempo*, 07 de enero 1992
- Noticia, Forbes, *Massive Fishing Fleets Endanger Wildlife and World-Class Galapagos Shark Diving Experiences*, Aug 12, 2020 Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/joesills/2020/08/12/massive-fishing-fleets-endanger-world-class-galapagos-shark-diving-experiences/#2678905c5b82>

- Noticia, Washington Post, escrito por: Rachel Weiner, October 5. Judge lets former Louisiana congressman William Jefferson out of prison, 2017.
- Noticia, The New York Times, United States Attorney General Loretta E. Lynch had announced the charges against FIFA officials last week, By Peter J. Henning, June 1, 2015.
- Noticia, Ecuador rechaza tratado de libre comercio con la UE, Deutsche Welle (DW) 2012
- Noticia, Pendiente el reembolso a quienes contribuyeron a la iniciativa Yasuní, Diario El Universo 2013.
- Noticia, Correa reiteró su rechazo al TLC, Diario El Universo, 2010. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2010/06/22/1/1355/rafael-correa-reitero-rechazo-tlc.html>
- Noticia, Diario El Universo, Una historia de la dolarización, 10 de enero, 2020.
- Núñez del Prado, Fabio & Simó G., Eugenia, “Relaciones tóxicas: la insoportable tensión entre las cláusulas de estabilización, la soberanía estatal y los Derechos Humanos bajo el derecho internacional”. THEMIS Revista de Derecho, No. 77), Lima, enero-junio 2020.
- O’Connell, Daniel P. The Law of State Succession. New York: Cambridge University Press, 1956
- O’Brien-Thomond, Anthony H. “Positivism and Monism in International Law”. Franciscan Studies, Vol. 8, No. 4, Nueva York, 1948.
- OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, 2004.
- Olivet, Cecilia; and Eberhardt, Pia. Profiting from injustice How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, Amsterdam. 2012.
- Orakhelashvili, Alexander. Peremptory Norms in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Park, William W. “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”. The International and Comparative Law Quarterly 32, no. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.
- Park, William W. Arbitrability And Tax, Public Law & Legal Theory, Arbitrability: International and Comparative Perspectives, L. Mistelis & S. Brekoulakis Eds., 2008.
- Parra, Antonio R. Establishing ICSID: an idea that was ‘in the air’. History of ICSID, The History of ICSID, Oxford Blog 2015. Disponible en: <https://blog.oup.com/2015/09/history-of-icsid-law/>
- Paulsson, Marike R. P. The 1958 New York Convention in Action, Chapter 2: The New York Convention as an Instrument of International Law, Kluwer Law International, 2016.

- Paz y Miño Cepeda, Juan J. “El constitucionalismo en el Proceso de la Independencia del Ecuador, La Constitución Quiteña de 1812”, en *El Constitucionalismo en el proceso de la independencia*, Quito, 2010.
- Perišiæ, Petra. Some remarks on the international legal personality of individuals. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 49(2), 2016.
- Peters, Anne. *Constitutionalization*. In *Fundamental Concepts for International Law: The Construction of a Discipline*. Edited by Jean d’Aspremont and Sahib Singh. Cheltenham, UK: Elgar, 2017.
- Procuraduría General del Estado, *Visión crítica del arbitraje de inversiones desde la experiencia del Ecuador, Gestión 2008-2016* Diego García Carrión, Quito, 2016.
- Pierik, Roland. “Shared Responsibility in International Law: A Political Economy Analysis” en Schechinger, Jessica (Author) & Nollkaemper, André & Jacobs, Dov (Eds.), *Distribution of Responsibilities in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Pinto Bastos Junior, Luiz M. Utilización del derecho Constitucional Comparado en la Interpretación Constitucional: Nuevos retos a la teoría constitucional, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, *Estudios Constitucionales*, Año 5, No. 2, 2007.
- Porras R., José M. La federación Imposible, el proyecto Constitucional Americano en las Cortes de Cádiz, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, *Estudios Constitucionales*, Año 11, No. 1, Santiago, 2013.
- Polibio, *Historias*, Libro II, Capítulo X.
- Portmann, Roland. *Legal Personality in International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Notion, Cambridge, 2010.
- Prasad, Aman. *Salini Criteria: A Strict-Deductive Approach Against the Principles of Article 25 ICSID*, June 30, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3639087> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3639087>
- Pronto, Arnold, and Wood, Michael. *The International Law Commission, 1999–2009. Vol. 4, Treaties, Final Draft Articles and Other Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Proulx, Vincent-Joël. *Institutionalizing State Responsibility: Global Security and UN Organs*, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 2016.
- Przeworski, Adam and Limongi, Fernando. “Regímenes Políticos y Crecimiento Económico.” *Desarrollo Económico* 34, No. 134, 1994.
- Quane, Helen. *The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination*. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47.3, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- Ragazzi, Maurizio. (Ed). *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2005.

- Ragel Sánchez, Luis F. Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos, Dykinson, Madrid, 2000.
- Ramírez-Nárdiz, Alfredo. “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?”, *Vniversitas*, n. 133, Bogotá, 2016.
- Ratner, Steven R; Abrams, Jason and Bischoff, James. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. 3d ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- Recasens S., Luis. “Las Funciones del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, No. 17, 1973-1974.
- Real Diccionario de la Academia de la Lengua Española, Edición del Tricentenario Actualización 2019.
- Reese, Willis, L. M. Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law. *Columbia Law Review* 73, No. 1, 1973.
- Reinisch, August (ed). *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Reisman, W. Michael. The Diversity of Contemporary International Dispute Resolution: Functions and Policies, *Journal of International Dispute Settlement* 3.1, Oxford, 2012.
- Renteln, Alison D. *International Human Rights: Universalism versus Relativism*. *Frontiers of Anthropology* 6. Newbury Park, CA: SAGE, 1990.
- Restrepo Medina, Manuel A. *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, Editorial Universidad del Rosario, ProQuest Ebook Central, Bogotá, 2017.
- Revista -CIAR Global, la Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana, 5 de noviembre de 2020.
- Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho administrativo*, Corporación Editora Nacional. Quito, 2017.
- Rivero, Juan P. La Ejecutabilidad de los Laudos del CIADI y los TBI en la República Argentina, XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Buenos Aires, 2013.
- Rodley, Nigel S. *Human Rights and Humanitarian Intervention: The Case Law of the World Court*. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, no. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Rodríguez Arana, Jaime. Discrecionalidad y Motivación del Acto Administrativo en la Ley Española de Procedimiento Administrativo, *Revista de Derecho PUCP*, N 67, 2018.
- Rodríguez Yagüe, Cristina. El Derecho Penitenciario Humanitario, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nbr. LXXII, 2019.
- Rodríguez O., Jaime E. *La revolución política durante la época de la independencia: el reino de Quito, 1808-1822*, Corporación Editora Nacional - UASB-E, 2006.

- Rogerson, Pippa. Private International Law – Jurisdiction. *The Cambridge Law Journal*, 69(3), 2010.
- Rolla, Giancarlo. La evolución del Constitucionalismo en América Latina y la Originalidad de las Experiencias de Justicia Constitucional, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 16, Madrid, 2012.
- Romano, Cesare. The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. *NYU Journal of International Law and Politics*, New York, 2007.
- Rosenne, Shabtai. “Succession of States and the Codification of The Law of Treaties”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 21(2), Madrid, 1968.
- Ross, Mitchell S. Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities. *American University International Law Review*. Vol. 4, N. 1, 1989.
- Rousseau, Jean J. *El Contrato Social*, Capítulo III, 1ra. Ed, 1985.
- Rus Rufino, Salvador & Arenas-Dolz, Francisco. *El descubrimiento de la política: Solón de Atenas*, Madrid, Tecnos, Biblioteca de Historia y Pensamiento Político, Madrid, 2022.
- Ryngaert, Cedric. *Jurisdiction in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Salas K., Benjamin; and Zavala A., María. The Principle of *res judicata* before the International Court of Justice: in the Midst of Comradeship and Divorce between International Tribunals, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 10, Issue 2, Oxford, 2019.
- Salmón, Elizabeth. *La obligación de implementar en el Marco del Derecho Internacional Contemporáneo*, Palestra Editores, 2007.
- Sánchez Morón, Miguel. *Derecho administrativo: Parte General*, 15ª Ed., Capítulo XVI. Las sanciones administrativas, 2019.
- Sand, Peter H. *The Evolution of International Environmental Law*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Edited by Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, and Ellen Hey, Oxford, 2008.
- Sandholtz, Wayne, and Whytock, Christopher A. (Eds). *Research Handbook on the Politics of International Law*. Cheltenham, UK, and Northampton, MA: Elgar, 2017.
- Santos D., Oswaldo. “Introducción a la valoración de daños (con aplicación al arbitraje)”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 16, Quito, 2014.
- Santos Vara, Juan. El efecto de los Conflictos Armados en los Tratados, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 2006.
- Scarciglia, Roberto. *Métodos y Comparación Jurídica*, Dykinson, Serie: Dykinson Constitucional, 2018.
- Schachter, Oscar. *General Principles and Equity*, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague, 1982.
- Schelling, Thomas C. *The Diplomacy of Violence*, en *Arms and Influence*, Yale University, Connecticut, 1966.

- Schmitt, Carl. *The Concept of the Political*, The University of Chicago Press, 2007.
- Schreuer, Christopher. *The Concept of Expropriation under the ETC and Other Investment Protection Treaties*, *Transnational Dispute Management* N. 5, Zuid-Holland, 2005.
- Schwarzenberger, Georg. *The Problem of International Public Policy*. *Current Legal Problems*, 1965.
- Shaw, Malcom N. *International law*, Cambridge UK, Cambridge University Press, Eighth Edition, 2017.
- Shelton, Dinah L., and Paolo G. Carozza. *Regional Protection of Human Rights*. 2d ed. Oxford: Oxford University Press, Nueva York, 2013.
- Sieyès, Joseph. *¿Qué es el Tercer Estado?*, Biblioteca Omegalfa, 2019. Disponible en: <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/que-es-el-tercer-estado.pdf>
- Sófocles, Antígona, 411 A.C.
- Sola, Juan V. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial la Ley, 2010.
- Sommer, Christian G. *El Reconocimiento y la Ejecución en los Laudos Arbitrales del CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?* Disponible en: www.revistas.unc.edu.ar
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. “The Liability of Multinational Corporations and Home State Measures.” Chapter en *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*, 5th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Stahn, Carsten. *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2019.
- Stewart, Richard B. “U.S. Administrative Law: A Model For Global Administrative Law?”, 68 *Law and Contemporary Problems*, New York, (Summer 2005). Disponible en: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/3>
- Strassberg, Maura I. *Privilege can be abused: Exploring the ethical obligation to avoid frivolous claims of attorney-client privilege*. *Seton Hall Law Review* N. 37, 2007.
- Strauss, Barry S., and Ober, Josiah. *The Anatomy of Error: Ancient Military Disasters and Their Lessons for Modern Strategists*, St. Martin’s Press, Nueva York, 1990.
- Sweet, Alec S. *Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter*. *Michigan Law Review*, 2003.
- Talmon, Stefan. *Recognition in International Law: A Bibliography*. The Hague and Boston: Martinus Nijhoff, 2000.
- Taton, Xavier and Croisant, Guillaume. “Intra-EU Investment Arbitration Post-Achmea: A Look at the Additional Remedies Offered by the ECHR and EU Law”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2018.

- The International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading. *Leiden Journal of International Law* N. 15(4), Cambridge, 2001.
- To protect sovereignty, or to protect lives?’, *The Economist*, 15 May, 2008.
- Tole M., Julián. “Prácticas de el forum shopping entre la OMC y los TLC: El valor del principio de la cosa juzgada en la solución de controversias”, *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, 2526-0774, Vol. 02, N° 01, Minas Gerais, Ago-Jan 2018.
- Tórtora Aravena, Hugo. “Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales”, *Estudios constitucionales*, 8(2), 2010.
- United Nations Office of Legal Affairs. *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*. New York: United Nations, 1992. P.3 Disponible en: <https://legal.un.org/cod/books/HandbookOnPSD.pdf>
- Valencia R., Hernán. “La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo”, *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, Vol. 36, No, 106, ISSN 0120-3886, Colombia, Enero-Junio 2007.
- Van Aaken, Anne. Interpretational Methods as an Instrument of Control in International Investment Law. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 108, 2014.
- Van den Bossche, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*. 2d Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Van Haersolte-van Hof, Jacomijn J. “The Revitalization of The Permanent Court of Arbitration”, *Netherlands International Law Review* 54(2), The Hague, 2007.
- Van Sliedregt, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. 2d ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Vargas Carreño, Edmundo. *El Principio de No Intervención*, Organización de Estados Americanos OEA, Curso de Derecho Internacional, Washington, 2003.
- Vernon, Elliot & Baker, Philip. *What Was The First Agreement of The People*. *The Historical Journal*, N.53, Cambridge, 2010.
- Villegas Delgado, César A. *El Estado de derecho en el Ámbito Internacional y el Imperio de la Ley en las Relaciones Internacionales: Tendencias, retos y desafíos*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, 2019.
- Von Verdross, Alfred. *Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on The Law of Treaties*. *The American Journal of International Law*, Vol. 31, N. 4, 1937.
- Ward, Leo. *The Natural Law Rebound*. *The Review of Politics* 21, n. 1, University of Notre Dame, Indiana, 1959.
- Weatherall, Thomas. “State responsibility and Jus Cogens”, *In Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

- Webb, Philip. International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States. In *International Law*. 5th ed. Edited by Malcolm D. Evans, 2018.
- Webb, Philip. Some Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10 (4), Cambridge University Press, Cambridge, 1961.
- Wehberg, Hans. Pacta Sunt Servanda. *The American Journal of International Law*, 1959.
- Werle, Gerhard. Foundations. In *Principles of International Criminal Law*. 3d Ed. By Gerhard Werle and Florian Jessberger, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Whisker, James B. *The Supremacy of the State in International Law: The Act of State Doctrine*. Lewiston: Edwin Mellen Press, 2003.
- William L. Benoit. The case of the midnight judges and Multiple Audience Discourse: Chief Justice Marshall and Marbury V. Madison, 2009.
- Wilson, Robert. Interpretation of Treaties. Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting 1921-1969, 1969.
- Winfield, Percy H. *The History of Intervention in International Law*. British Yearbook of International Law, vol. III, Oxford, 1922-1923.
- Wright, Quincy. *The Law of the Nuremberg Trial*. American Journal of International Law 41.1, Cambridge, 1947.
- Xue, Hanqin. *Transboundary Damage in International Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.
- Yearbook of International Commission 27, 1987. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1987_v2_p1.pdf
- Yves, Dezalay. Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes, *Law & Society Review*, Vol. 29, Massachusetts, 1995.
- Zemanek, Karl. “The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?”, in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Part V Jus Cogens beyond the Vienna Convention, 23, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2011.
- Zoller, Elisabeth. The Status of Individuals under International Law, In *The Nuremberg Trial and International Law*. Edited by George Ginsburgs and V. N. Kudriavtsev. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1990.
- Zuleta, Natalia. Perenco v Ecuador: An Example of a “Lengthy, Complex, Multi-faceted, Hard Fought and Very Expensive” Investment Arbitration?, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019.

NORMAS, RESOLUCIONES Y CASUÍSTICA CITADAS

- Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la OEA, 1952.
- Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, NATO, 1949.
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), 1995.
- Alabama claims of the United States of America against Great Britain, Award rendered on 14 September 1872. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/>
- Albacora S.A. vs. Republic of Ecuador, Permanente Court of Arbitration, case No. 2016-1.
- Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 U.S.C. § 1350; ATS.
- Asamblea General. Informe de la Comisión de Derecho Internacional de su 58 periodo de sesiones (de 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), Documentos Oficiales, 61 periodo de sesiones, Suplemento núm. (A/61/10), Pág. 405.
- Ban Ki-moon. Early Warning, Assessment and the Responsibility to Protect: Report of the Secretary-General. UN Doc. A/64/864, 14 July 2010.
- Ban Ki-moon. Implementing the Responsibility to Protect: Report of the Secretary-General. UN Doc. A/63/677, 12 January 2009.
- Ban Ki-moon. The Role of Regional and Sub-regional Arrangements in Implementing the Responsibility to Protect. UN Doc. A/65/877-S/2011/393, 27 June 2011.
- Bank for International Settlements, Sovereign Risk: A world without risk-free assets?, BIS Papers No.72. Basel, Monetary and Economic Department, 2013.
- Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Other Wastes and their Disposal, 1989.
- BIT Hungary – Switzerland, 1988.
- Boletín de Prensa, Quito, 1 de junio de 2016; Procuraduría General del Estado, Ecuador.
- Carta de la OEA, 1948. Instrumento original modificado por los siguientes Protocolos: Buenos Aires 1967, Cartagena de Indias 1985, Washington D.C. 1992 y Managua 1993.
- Carta de la ONU, 1948.
- Carta Democrática Interamericana, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, Lima 2001.
- Cas Aktien-Zuckerfabrik Shöppenstedt vs. Council of the European Communities, 2.12.71 As. 5/71, Rec. XVII, I-975.
- Caso A. Lütticke GmbH vs. Comisión, 28.4.71 (As. 4/69), Rec. I-325, 1971.
- Caso Achmea B.V. (Case C-284/16).
- Caso Aerial Herbicide Spraying, Ecuador vs. Colombia, 2013.
- Caso Alabama claims of the United States of America against Great Britain, 1872.

- Caso Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 U.S.C. § 1350; ATS, 1948.
- Caso Amnistía Internacional, 2020.
- Caso Antartica (United Kingdom vs. Chile), 1956.
- Caso Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud vs. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/10/4.
- Caso Argentina vs. Chile (1977) 52 I.L.R. 93. By the compromis of 22 July 1971.
- Caso Arrêt Blanco, 1873.
- Caso Arrêt Terrier, 1903.
- Caso Arrêt Vosges, 1912.
- Caso arrêts Blanco, 1794.
- Caso Austin vs. Estados Unidos de Norteamérica 509 US 602, 1993.
- Caso Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964); Caso Compañía Azucarera Vertientes-Camaguey de Cuba (C.A.V.),
- Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd Case (Belgium vs. Spain) ICJ Rep, 1970.
- Caso Brazil vs. France, 1929, P.C.I.J., Ser. A, No. 21. By the Special Agreement of 27 August 1927.
- Caso Burlington vs. Ecuador Burlington Resources, Inc. vs. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/5).
- Caso Buttes Gas and Oil Co vs. Hammer N. 3. HL 1981.
- Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 11 de marzo de 2005.
- Caso Cameroon and Equatorial Guinea (intervening) vs. Nigeria, Judgment, Merits, [2002] ICJ Rep 303, ICGJ 63, ICJ, 2002.
- Caso case of the S.S. Lotus (France vs. Turkey), Permanent Court of Int'l Justice, P.C.I.J. (ser. A) No. 10, 1927.
- Caso Certain German Interests in Polish Upper Silesia, 1926.
- Caso Certain Questions concerning Diplomatic Relations (Honduras vs. Brazil), 2010.
- Caso Chevron Corp. vs. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2009-23, 2009.
- Caso Chevron Corporation (U.S.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.) vs. Republic of Ecuador I, PCA Case No. 2007-02/AA277, 2008.
- Caso Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, PCA Case No. 2009-23, 2009.
- Caso Chevron vs. Ecuador I Partial Award on the Merits, citing the ILC's Third Report on Diplomatic Protection.
- Caso CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic (CNUDMI)
- Caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3.
- Caso Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia) Judgment of 25 September 1997.

- Caso Copper Mesa Mining Corporation vs. The Republic of Ecuador, PCA CASE NO. 2012-2, 2012.
- Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, sentencia de 23 de agosto de 2013.
- Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013.
- Caso Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) vs. United Mexican States, 1931.
- Caso Dolly M. E. Filártiga and Joel Filártiga vs. Americo Norberto Peña-Irala, 630 F.2d 876, 2d Cir., 1980.
- Caso Ecuador — Provisional Anti-Dumping Measure on Cement from Mexico, 2003.
- Caso Electricity Company of Sofia and Bulgaria case 1939, Société Commerciale de Belgique, 1939.
- Caso Elettronica Sicula SpA (ELSI) (US vs. Italy), 1989 ICJ 15.
- Caso Emilio Agustín Maffezini vs. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7.
- Caso EnCana Corporation vs. Republic of Ecuador, The London Court of International Arbitration, Case No. UN3481.
- Caso Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50.
- Caso Exxon Shipping Co. vs. Baker, 554 U.S. 471, 2008.
- Caso Factory At Chorzów, Germany vs. Poland, Judgment, Claim for Indemnity, Merits, Judgment No 13, (1928) PCIJ Series A No 17, ICGJ 255 (PCIJ 1928), 13th September 1928, League of Nations (historical) [LoN]; Permanent Court of International Justice, 1928.
- Caso Fair Credit Reporting Act (FCRA), 15 U.S.C. § 1681, is U.S., 1970.
- Caso Federal Republic of Germany/Netherlands - North Sea Continental Shelf - Judgment of 20 February 1969 - Judgments [1969] ICJ 1; ICJ Reports, 1969.
- Caso Feres vs. United States, 340 U.S. 135, 1950.
- Caso FIFA Gate, sobre la ley Foreign Corrupt Practices (FCPA), 2018.
- Caso Filártiga vs. Peña-Irala, 630 F.2d 876, 2d Cir. 1980.
- Caso Flor Freire vs. Ecuador, 2002.
- Caso Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Brazilian Loans, 1929.
- Caso Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), International Court of Justice, 1983.
- Caso Furman vs. Georgia, 408 U.S. 238, 1972.
- Caso Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary vs. Slovakia, 1997.
- Caso German-Venezuelan Mixed Claims Commission 1903 (Germany vs. Venezuela) Reports of International Arbitral Awards, Vol. X, 1903.
- Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, 2015.

- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Caso Hamdi vs. Rumsfeld, 542 US 507, 2004.
- Caso Human Rights Defenders Inc., ICSID Case No. ARB/20/29.
- Caso IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. vs. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/ 12/17).
- Caso International Court of Justice (ICJ), Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua vs. United States of America, 1986.
- Caso International Court of Justice (ICJ), United Kingdom vs. Albania, 1949.
- Caso International Court of Justice, Democratic Republic of Congo vs. Rwanda, 2002.
- Caso Ioan Micula and others vs. Romania I, ICSID Case No ARB/05/20.
- Caso Island of Palmas case (Netherlands, USA), Volume II, 4 April 1928.
- Caso Johnson vs. Eisentrager, 339 U.S. 763, 1950.
- Caso Jose Francisco Sosa vs. Humberto Alvarez-Machain, et al. 542 U.S. 692, 2004.
- Caso Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U.S. 108, 2013.
- Caso La Grand Case (Germany vs. United States of America), 2001.
- Caso Lake Lanoux Arbitration (Spain vs. France) Case 24 Int'l L. Rep. 101, 1957.
- Caso Lechter vs. Aprio, LLP, N.D.Ga. No. 1:20-MI-99999-UNA.
- Caso LeeThomas, The Safe-Conduct Theory of the Alien Tort Statute. Columbia Law Review, 106(4), 2006.
- Caso Lewis vs. Lewis & Clark Marine, Inc., 531 U.S. 438, 2001.
- Caso Lighthouses case between France and Greece 1934, Minority Schools in Albania, 1935.
- Caso Limitation of Liability Act of 1851, 46 U.S.C. app. § 183, 1984.
- Caso Losinger case 1936, Diversion of Water from the Meuse, 1937.
- Caso Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459, 1947.
- Caso M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. vs. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6.
- Caso Manjiao Chi. “Privileging Domestic Remedies in International Investment Dispute Settlement.” Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law, N. 107, 2013.
- Caso Marbury contra Madison, 5 U.S. 137, 1803.
- Caso Maritime Dispute (Peru vs. Chile), 2014.
- Caso Marvin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1.
- Caso Mavrommatis Palestine Concessions, Greece vs. United Kingdom, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment, PCIJ Series A no 2, ICGJ 236, 1924.

- Caso Metalclad Corp. vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.
- Caso Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5
- Caso Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), 1984.
- Caso Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/16.
- Caso Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Italy vs. France, United Kingdom and United States [1954] ICJ.
- Caso Murphy Exploration & Production Company – International vs. The Republic of Ecuador (II), PCA Case No. 2012-16, 2012.
- Caso Murphy Exploration & Production Company International vs. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434), 2012.
- Caso No. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, mediante el cual la CrCE del Ecuador, determinó la relación del agotamiento de la nulidad y la acción extraordinaria de protección. Las causales de nulidad en arbitraje son restringidas.
- Caso Noble Energy c. Republic of Ecuador and National Electricity Council CIADI, caso No. ARB / 05/1.
- Caso Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia vs. Chile), 2018.
- Caso Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467.
- Caso Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.
- Caso Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.
- Caso Perenco Ecuador Ltd. vs. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6.
- Caso Permanent Court of Arbitration. In the Matter of the South China Sea Arbitration (Philippines/ China), Award of 12 July 2016. PCA Case N° 2013-19, 2016.
- Caso Phosphates in Morocco case 1938, Panevezys-Saldutiskis Railway case, 1939.
- Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2010.
- Caso Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay), 2010.
- Caso Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina vs. Uruguay, 2010.
- Caso Rasul vs. Bush, 542 U.S. 466, 2004.
- Caso Reinhard Hans Unglaube vs. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/09/20.
- Caso Renée Rose Levy de Levi vs. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/10/17.
- Caso Robinson v.s. California, 370 U.S. 660, 1962.

- Caso S.D. Myers, Inc. vs. Government of Canada, CNUDMI (2002).
- Caso S.S. Wimbledon case 1923, Mavrommatis Palestine Concessions 1924, Interpretation of the Treaty of Neuilly Case 1924, Mavrommatis Jerusalem Concessions, 1925.
- Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 2006.
- Caso Serbian Loans case 1929, Territorial Jurisdiction of the International Commission of the Oder River Case 1929, Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland 1932.
- Caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6.
- Caso State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell, 538 US 408, 2003.
- Caso Supervision y Control S.A. vs. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/12/4.
- Caso Supreme Court of Nevada. Michael Domingues, Appellant, vs. The State of Nevada, Respondent. No. 29896, 1998.
- Caso Tadic, Tribunal for the Former Yugoslavia, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995. Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-ar72, 35 I.L.M. 32, 1996.
- Caso Tadić, Tribunal for the Former Yugoslavia, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995. Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-ar72, 35 I.L.M. 32, 1996. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>
- Caso Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A. c. Republic of Ecuador, CIADI Caso No. ARB / 06/17.
- Caso Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia), 2012.
- Caso The Oil Pollution Act of 1990 (OPA) (101 H.R.1465, P.L. 101-380).
- Caso The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290, 44 L. Ed. 320, 1900.
- Caso The Republic of Ecuador vs. The United States of America, 2012.
- Caso Toto Costruzioni Generali S.p.A. vs. Lebanese Republic, ICSID Case No. ARB/07/12.
- Caso Trail Smelter Arbitration, United States vs. Canada, Arbitral Trib., 3 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards, 1941.
- Caso Trindade, A. A. Cançado. "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts." Archiv Des Völkerrechts 17, 1978.
- Caso Turkey. Certain Import Procedures for Fresh Fruit. DS335, 2002.
- Caso U.S. v. Jeff C Yin, Docket No.15-CR-00706-VSB. Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/ng-lap-seng>
- Caso U.S. vs. Francis Lorenzo: Docket No. 15-CR-00706-VSB-2.
- Caso Ulysseas, Inc. vs. Ecuador, PCA Case No. 2009-19
- Caso Únete Telecomunicaciones S.A. and Clay Pacific S.R.L. vs. Ecuador, 2009.

- Caso United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania, ICJ 1949. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/1>
- Caso United Nations, Piracy Under International Law, 2012. Disponible en: <https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy.htm>
- Caso United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, C.I.J., Reports, 1980.
- Caso United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, United States of America vs. Iran, 1980.
- Caso United States vs. Bajakajian, 524 U.S. 321, 1998.
- Caso United States vs. Great Britain, 1869.
- Caso United States vs. Hoskins - 902 F.3d 69, 2d Cir., 2018.
- Caso United States vs. Ng Lap Seng, No. 18-1725 2d Cir., 2019.
- Caso United States, Anti-Dumping Measure on Shrimp from Ecuador, 2007.
- Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador, 2016.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Serie C No. 4, 1988.
- Caso Waters-Pierce Oil Co. vs. Texas, 212 U.S. 86, 1909.
- Caso Weems vs. Estados Unidos de Norteamérica, 217 U.S. 349, 1910.
- Caso Wilkerson vs. Utah, 99 US 130 (1879).
- Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 2006.
- Caso, U.S. Supreme Court, The Court and Constitutional Interpretation, 2020.
- Código Civil del Ecuador, 2005.
- Código Orgánico Administrativo, 2017.
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, 2013.
- Código Orgánico de Organización Territorial, autonomía y Descentralización, 2010.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010.
- Código Orgánico General de Procesos, 2015.
- Código Orgánico Integral Penal, 2014.
- Concerning Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd. 1962. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>
- Concesión de Servidumbres y Expropiaciones para Industrias, Decreto Supremo No. 125, 1937.
- Conferencia de Paz de La Haya, 1899.
- Congreso de Angostura, 1821- 1831.
- Constitución de España, 1978.
- Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, 1787.
- Constitución de la Nación Argentina, 1853.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Constitución de Política de la República de Colombia, 1991.
- Constitución de Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.
- Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica Mexicanos, 1917.
- Constituciones históricas de Ecuador desde 1830 (20 Constituciones)

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984.
- Convención de La Haya sobre Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales, 1907.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27, 1969.
- Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, 1978.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1963.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961.
- Convención de Washington, 1968.
- Convención Interamericana contra el Terrorismo, 2002.
- Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996.
- Convención Interamericana de Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, 1979.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Convenio 42, 1975.
- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles, 1979.
- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, 1984.
- Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, 1979.
- Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, 1979.
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, 1979.
- Convención Interamericana sobre eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, 1979.
- Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, 1975.
- Convención Interamericana sobre Extradición, 1981.
- Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 1979.
- Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en Derecho Internacional Privado, 1984.
- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 1975.
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 1990.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990.
- Convención sobre Asilo Diplomático, 1954.
- Convención sobre Asilo, 1928.
- Convención sobre Derecho Internacional Privado, 1928.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.
- Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, 1963.
- Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, 1993.
- Convention on International Trade in Endangered Species of Fauna and Flora, 1968.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965.
- Crown Proceedings Act (c. 44), 1947.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y No Discriminación, 2019.
- Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano, 1972.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.
- Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, – resolution 1514 (XV) of 14 December 1960.
- Decreto Ejecutivo No. 662, 2007.
- Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27, 1969.
- Dictamen No. 043-10-DTI-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.
- Dictamen No. 5-21-TI/2, Corte Constitucional del Ecuador, 2021.
- Ecuador — Definitive Safeguard Measure on Imports of Medium Density Fibreboard, 2003.
- Emergency Banking Act, 1933.
- Energy Charter Treaty (ECT), 1991. Disponible en: <https://www.energycharter.org/>
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945.
- Estatuto de Roma, 1998.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002.
- European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, 2007.
- Exchange Act Pub. L. 73–291, 48 Stat, 1934.
- General Assembly/ Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty. Resolution N.2131, 1965.
- Germany - Pakistan BIT, 1959.

- Guía sobre el derecho aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, Comité Jurídico Interamericano, Organización Estados Americanos OEA, 2019.
- Habeas Corpus Act, 1679. Disponible en: <https://www.bl.uk/learning/timeline/item104236.html>
- Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 2004.
- International Coalition for the Responsibility to Protect. Key Developments on the Responsibility to Protect at the United Nations, 2005–2011.
- International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969.
- International Court of Justice. “Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay Case (Argentina v. Uruguay): Judgment of 20 April 2010.” ICJ Reports, 2010.
- International Court of Justice. “Corfu Channel Case (Merits): Judgment of April 9th, 1949.” ICJ Reports, 1949.
- International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI), 1966.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI), 1966.
- International Law Commission. Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Report of the ILC on the Work of Its 53rd Session. UN Doc. A/56/10, 2001.
- International Law Commission. Commentaries to the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Report of the ILC on the Work of Its 53rd Session, 2001.
- International Law Commission. Draft Articles on State Responsibility Report of the ILC on the Work of Its 48th Session. UN Doc. A/51/10, 1996.
- La Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen, 1789.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1994.
- Ley 115 Stat. 272, U.S. Patriot Act, 2001.
- Ley 16.24, 1790.
- Ley 26.944, Responsabilidad Estatal Argentina, 2014.
- Ley 28 U.S. Code § 1603, Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 1976.
- Ley 42, 2006.
- Ley Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Dominicana, 1998.
- Ley Anglo-Japanese Friendship Treaty, 1854.
- Ley Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957.
- Ley de Arbitraje y Mediación, 2006.
- Ley Federal Tort Claims Act, ch.646, Title IV, 60 Stat. 812, 28 U.S.C. Part, 1946.

- Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), 1985.
- Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2011.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002.
- Ley Orgánica de la Función Legislativa, 2009.
- Ley Orgánica Procuraduría General del Estado, 2009.
- Ley Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, 2005.
- Ley Second Hickenlooper Amendment, Congress enacted 22 U.S.C. § 2370, 1964.
- Ley State Immunity Act, 1978.
- Magna Carta Libertatum, 1215.
- Millbrook vs. United States, 569 U.S. 50, 2013.
- Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1987.
- North American Free Trade Agreement (NAFTA), Chapter Eleven, Investment, 1944
- Opinión Consultiva Oc-14/94, sobre Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, Solicitada por la CIDH, Serie A: Fallos y Opiniones, No. 14, 1994.
- Overview - Rule of Law, Administrative Office of the U.S. Courts on behalf of the Federal Judiciary, 2020.
- Pacto de la Sociedad de Naciones, 1919.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- Petition of Right, U.K., 1628.
- Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado Oficio No. 08873, 2004.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativos a la Abolición de la pena de muerte, 1990.
- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, 1979.
- Protocolo de Janeiro, 1942.
- Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro, 1942.
- Protocolo de Reforma a la Carta de la OEA . Protocolo de Buenos Aires, 1969.

- Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2002.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 1966.
- Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes, OEA, 1940.
- Pulido R., Juan C. Pulido R., “El ‘Soft Law’ En El Derecho Privado: Sostén a la Teoría de la ‘Nueva Lex Mercatoria’”, Revista Misión Jurídica / Vol. 11 - Núm. 14, Bogotá, Enero - Junio de 2018.
- Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act 18 U.S.C., 1961.
- Reglamento 404/93 del Consejo de la CEE, 1993.
- Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, 1978.
- Report of the International Law Commission, 2001.
- Resolución 3281, A/RES/3281(XXIX), 1974.
- Resolución No. 278, Código de Ética para El Buen Vivir, Empresa Ferrocarriles del Ecuador, Registro Oficial Suplemento No. 118 de 07 de noviembre de 2013.
- Resolución No. 45, Procuraduría General del Estado, 2020.
- Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001.
- Restatement Second of Torts, 2006.
- Ronda de Doha, Catar, 2001.
- Ronda de Uruguay (MTN), 1994.
- Rules of Court of the International Court of Justice (modified 2005), 1978.
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la Pena de Muerte, 1989.
- Summaries of the Work of the International Law Commission Peremptory norms of general international law (jus cogens), 2017.
- TBIs Ecuador (totalidad de BITs suscritos por Ecuador que han sido declarados inconstitucionales).
- The Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350, 1940.
- The Bretton Woods Agreement, 1944.
- The Federal Tort Claims Act, 1946.
- The Foreign Corrupt Practices Act, 1977.
- The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 1976.
- The General Agreement on Trade in Services (GATS), 1947/1994.
- The North American Free Trade Agreement, 1992.
- The on Tariffs and Trade, 1947.
- The Republic of Ecuador vs. The United States of America, 2011.
- The Bill of Rights, Land Mark Act in Constitutional Law, 1689
- The United States Bill of Rights, 1791.
- Trading with the Enemy Act (TWEA), 12 U.S.C. § 95 and 50 U.S.C. § 4301, 1917.
- Trading with the Enemy Act (TWEA), 1933.

- Tratado de Paz y Amistad entre las Repúblicas de Argentina y Chile, 1984.
- Tratado de Versalles, 1919.
- Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica de América sobre promoción y la protección de inversiones, 1992.
- Treaty of Amity and Commerce, United States and France, 1778.
- Treaty of Augsburg, 1555.
- Treaty of Münster, 1648.
- Treaty of Osnabrück, 1648.
- Ulysseas, Inc. vs. The Republic of Ecuador, Permanente Court of Arbitration, Case No.19, 2009.
- United Nations Conference on Trade and Development Fair and Equitable Treatment UNCTAD, Series on Issues in International Investment Agreements II, Geneva, 2012.
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980.
- United Nations Reports of the Fifth Special Rapporteur on State Responsibility, James Crawford (1997–2001), 2001.
- United Nations Secretariat. “State Responsibility.” In Analytical Guide to the Work of the International Law Commission, 2011.
- United Nations, GA Res. 56/83. 10 December 2001. UN Doc. A/RES/56/83, 2001.
- United Nations, GA Res. 59/35. 2 December 2004. UN Doc. A/RES/59/35, 2004.
- United Nations, GA Res. 62/61. 6 December 2007. UN Doc. A/RES/62/61, 2007.
- United Nations, GA Res. 65/19. 6 December 2010. UN Doc. A/RES/65/19, 2010.
- United Nations, GA Res. 68/104. 16 December 2013. UN Doc. A/RES/68/104, 2013.
- United Nations, Reports of the First Special Rapporteur, F. V. García-Amador (1954–1961), 1961.
- United Nations, Reports of the Fourth Special Rapporteur, Gaetano Arangio-Ruiz (1987–1996), 1996.
- United Nations, Reports of the Second Special Rapporteur, Roberto Ago (1969–1980), 1980.
- United Nations, Reports of the Third Special Rapporteur, Willem Riphagen (1980–1986), 1986.
- United States Declaration of Independence, Second Continental Congress, 1776.
- Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 1963.